HUMBERTO E. T. BELLO TABARES

TRATADO DE DERECHO PROBATORIO

Estudio del tema probatorio en los sistemas de procedimiento civil escrito y oral, penal, laboral, niños y adolescentes, marítimo, agrario, contencioso administrativo y tributario.

2da Edición

Caracas-Venezuela

2015

HUMBERTO E.T. BELLO TABARES

Abogado. Doctor en Ciencias Jurídicas. Magíster Scientiarum en Ciencias Jurídicas, mención Derecho Procesal. Especialista en Derecho Procesal. Universidad Santa María (USM). Doctorado en Derecho Constitucional. Maestría en Derecho Penal y Especialización en Derecho Penal. Profesor. Universidad Central de Venezuela (UCV). Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas. Doctorado en Ciencias, mención Derecho y Especialización en Navegación y Comecio Exterior. Profesor. Practica III. Ex profesor.Universidad José María Vargas (UJMV) Especialización en Derecho Procesal y Derecho Laboral. Ex profesor. Universidad Arturo Michelena (UAM) Especialización en Derecho Laboral y Constitucional. Ex profesor. Universidad Nacional experimental de las Fueras Armadas (UNEFA). Ex profesor. Universidad de Margarita (UM). Ex profesor. Premio Academia de Ciencias Políticas y Sociales 2007-2008 al trabajo "Tratado de Derecho Probatorio". Premio Academia de Ciencias Políticas y Sociales 2008-2009, Reconocimiento Especial al trabajo "La Casación en el Proceso Laboral". Premio Academia de Ciencias Políticas y Sociales 2009-2010, Mención de Honor al trabajo "La Casación Civil. Propuesta para un recurso eficaz y constitucional". Premio Academia de Ciencias Políticas y Sociales 2012-2013, Reconocimiento Especial al trabajo "Tratado de Recursos". Miembro del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal.

TRATADO DE DERECHO PROBATORIO

Estudio del tema probatorio en los sistemas de procedimiento civil escrito y oral, penal, laboral, niños y adolescentes, marítimo, agrario, contencioso administrativo y tributario.

PREMIO ACADEMIA DE CIENCIAS POLÍTICAS Y SOCIALES 2007-2008

TOMO I

Caracas-Venezuela

2015

DEDICATORIA

A mi hijo Enrique BELLO el más grande y apreciado tesoro, este trabajo que recoge parte de la historia de nuestra familia y especialmente de mi vida académica, producto de años dedicados al estudio y a la enseñanza universitaria, con la única intención de formar mejores ciudadanos y profesionales para un país donde en democracia se respeten los Derechos, sin política y adoctrinamiento, donde sean los valores, decencia, méritos, estudios y la preparación aquellos elementos esenciales para una buena formación ciudadana y de bien, para alcanzar las metas, alejado de la típica viveza criolla, de la generalizada y propia indigencia intelectual que tanto daño nos hace, de los oportunistas, de los que prefieren y apuestan al ventajismo, amiguismo, sinvergüenzura, adulación y en general cualquier anormalidad conductual para alcanzar fines por caminos inadecuados; de mostrarle que podemos ser mejores cada vez, que no existen límites, que los obstáculos, mezquindades y envidias simplemente son desviaciones atípicas de las más bajas conductas humanas demostrativas de sus miserias, que para nada impiden las metas que nos trazamos, cuando existe la constancia, ganas, el valor y la perseverancia, cuando somos fieles a los caminos y convicciones escogidos libremente, cuando nada nos perturba y tenemos limpio el espíritu y la mente, cuando el mejor camino es el largo y no los atajos; ello te permitirá entender, cuando sea tu momento, que no hace falta negociar los valores ni aparentar lo que no se és para ser digno y respetado, que el dinero, las posiciones y los cargos no hacen a las personas pero nos permiten conocerlas, que lo mejor que podemos enseñarte y mostrarte es esa formación en valores a la que nos hemos referido, para que con ellos y con una sólida educación y preparación, puedas distinguir el día de la noche, lo bueno de lo malo, para encontrar tu camino y seguirlo con dignidad.

A mi hermana ISABEL CRISTINA, por sus logros que también son nuestros, de lo lejos que ha llegado, de los éxitos obtenidos y que seguirá obteniendo, que son el resultado de esa constancia y fidelidad a sus convicciones y caminos escogidos para el éxito, para quien nada es imposible si se está claro en la meta y fundamentalmente sin negociar ni traicionar sus valores y convicciones.

A la memoria del Maestro y amigo Dr. José Ángel BALZAN, ejemplo de academia, humanidad, honestidad, valores y en general de vida, insigne procesalista quien en el mes de marzo del año 2014 fuera llamado por el Señor.

H.E.T.B.T.

Caracas, Marzo de 2014.

ACADEMIA DE CIENCIAS POLÍTICAS Y SOCIALES

VEREDICTO

Quienes suscriben, EUGENIO HERNANDEZ-BRETON, HUMBERTO ROMERO-MUCI, y ALBERTO BAUMEISTER TOLEDO, individuos de número de la Academia de Ciencias Politicas y Sociales de Venezuela, integrantes del jurado especial designado para el "PREMIO ACADEMIA DE CIENCIAS POLITICAS Y SOCIALES", OBRAS JURIDICAS DE PROFESIONALES PUBLICADAS, correspondiente al período 2007-2008, siendo oportunidad para emitir el correspondiente veredicto, lo hacen previas las siguientes consideraciones:

I.- En atención a las Bases del Certamen para optar al referido Premio, fueron sometidos a la consideración del jurado los siguientes trabajos:

1) Derecho Internacional Fluvial de Venezuela, Serie Trabajos de Grado N° 14, Universidad Central de Venezuela, 2008, cuyo autor es el Dr. Juan Carlos Sainz Borgo;

2) Derecho Andino, Patentes, editado por Vadell Hnos, Venezuela, 2008, cuyo autor es Ivor D. Mogollón-Rojas;

3) Solución de las Controversias por incumplimiento de los Estados en el régimen jurídico de la Comunidad Andina. La cuestión de la efectividad, investigación llevada a cabo en la Universidad Andina Simón Bolívar, Quito, Ecuador, 2007, cuya autora es Iris González de Troconis;

4) Tratado de Derecho Probatorio, dos tomos, Ediciones Paredes, Caracas, 2007 cuyo autor es el Dr. Humberto E. T. Bello Tabares; y

5) Una frustrada mediación, El Papa León XIII en la controversia de límites entre Venezuela y la Guayana Británica, trabajo en original, s/ fecha, cuyo autor es Nelcen Valera Giménez,

II.- Después de constatar los requisitos formales para la admisión de las cinco (5) referidas obras y luego de la lectura por parte de los integrantes del jurado de cada una de las mismas, éste declara que cada una de ellas constituye un serio y respetable estudio científico de importancia y de especial valía sobre los temas en ellas respectivamente tratados, y luego de debatir con amplitud sobre los méritos de cada una de las mismas, y sin menoscabo de las cualidades de las cuatro obras restantes decidió, por unanimidad, **otorgar el Premio Academia de Ciencias Políticas y Sociales, correspondiente al período 2007-2008, al trabajo "TRATADO DE DERECHO PROBATORIO, DOS TOMOS,** antes reseñado debidamente, cuyo autor es el **Dr. HUMBERTO E. T. BELLO TABARES**.

Asimismo, decidió otorgar Mención de Honor a los trabajos "Derecho Internacional Fluvial de Venezuela", Serie Trabajos de Grado N° 14, Universidad Central de Venezuela, 2008, cuyo autor es el

Dr. Juan Carlos Sainz Borgo; y "Solución de las Controversias por incumplimiento de los Estados en el régimen jurídico de la Comunidad Andina. La cuestión de la efectividad", investigación llevada a cabo en la Universidad Andina Simón Bolívar, Quito, Ecuador, 2007, cuya autora es Iris González de Troconis.

III.- De igual manera, el jurado quiere expresar su especial satisfacción por la labor de investigación y contenido de los cinco trabajos presentados al certamen, en la certeza de que cada uno de ellos constituye un sobresaliente aporte a la bibliografía jurídica nacional.

IV- El autor galardonado con el Premio y los autores merecedores de Mención de Honor conservarán sus derechos de autor sobre sus respectivas obras, salvo en lo que respecte a una única edición que resolviere ordenar efectuar a su solo arbitrio la Academia, bien en texto separado, o bien en su Boletín o en cualquiera de las colecciones de obras de su fondo editorial.

El Premio y las Menciones de Honor serán entregados a los galardonados en sesión ordinaria de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales.

En fe de lo anterior suscribimos el presente veredicto, en Caracas, el veintiséis (26) de marzo del año dos mil nueve.

EUGENIO HERNANDEZ-BRETON
Individuo de Número

HUMBERTO ROMERO-MUCI
Individuo de Número

ALBERTO BAUMEISTER TOLEDO
Individuo de Número

ÍNDICE

6.2.8. Régimen de la pruebas en el Código de Procedimiento Civil de 4 de julio de 1916.

6.2.9. Régimen de la pruebas en el Código de Procedimiento Civil de 13 de marzo 1986.

7. Las pruebas en el Código Civil.

7.1. Régimen de las pruebas en el Código Civil de 1867.

7.2. Régimen de las pruebas en el Código Civil de 1873.

7.3. Régimen de las pruebas en el Código Civil de 1880.

7.4. Régimen de las pruebas en el Código Civil de 1896.

7.5. Régimen de las pruebas en los Código Civiles de 1904, 1916 y 1942. 7.6. Régimen de las pruebas en el Código Civil vigente de 1982.

CAPITULO III. Derecho de Acceso al Sistema Probatorio. Constitucionalismo y Garantismo

1. Teoría constitucional procesal aplicada al proceso. Introducción.

1.1. Derechos constitucionales de aplicación procesal. Tutela judicial efectiva.

1.1.1. Tutela judicial efectiva como suma de todos los derechos constitucionales procesales.

1.1.2. Tutela judicial efectiva como algo diferente a la suma de todos los derechos constitucionales procesales.

1.2. Derechos constitucionales de aplicación procesal. Debido proceso.

1.3. Garantismo.

1.4. Conclusiones.

2. Derecho de acceso al sistema probatorio. Corrección terminológica.

2.1. Derecho de acceso al sistema probatorio. Definición.

3. Desdoblamiento del derecho constitucional de acceso al sistema probatorio. Introducción.

3.1. Derecho a la heurística, investigación de los hechos, búsqueda de sus fuentes, anticipación de medios probatorios, preconstitución y aseguramiento de fuentes probatorias.

3.1.1. Anticipación de medios probatorios.

3.1.1.1. Diferencia entre anticipación de medios y preconstitución de fuentes.

3.1.1.2. Requisitos para la anticipación del medio probatorio.

3.1.1.3. Actividades probatorias que pueden anticiparse.

3.1.2. Preconstitución de fuentes probatorias.

3.1.3. Aseguramiento de fuentes.

3.2. Derecho a la apertura del lapso probatorio.

3.3. Derecho a la proposición de medios probatorios.

3.4. Derecho a la contradicción a la prueba judicial.

1. Asunción, interpretación, apreciación y valoración de la actividad probatoria. Definición y diferencias.
2. Principios que rigen la valoración de la actividad probatoria.
2.1. Principio de exhaustividad.
2.2. Principio de valoración integral.
2.3. Principio de imparcialidad judicial.
3. Sistemas de valoración de las pruebas judiciales.
3.1. Sistema de la tarifa legal, tarifado, tasado o de certeza objetiva.
3.1.1. Ventajas y desventajas del sistema de valoración tarifado.
3.2. Sistema de libre convicción.
3.3. El sistema de libre convicción razonada, apreciación razonada o sana crítica.
4. Valoración de la prueba judicial en los diferentes sistemas de procedimiento en Venezuela.

CAPITULO X. Requisitos de a Actividad Probatoria en el Proceso Judicial
1. Requisitos de la prueba judicial. Intrínsecos y extrínsecos.
2. Requisitos intrínsecos.
2.1 La conducencia o idoneidad del medio probatorio.
2.2. La pertinencia del medio probatorio.
2.3. La relevancia o utilidad del medio probatorio.
2.4. La legalidad del medio probatorio.
2.5. La ausencia de prohibición legal de investigar el hecho.
3. Requisitos extrínsecos.
3.1 La temporaneidad, tempestividad u oportunidad procesal de presentación del medio probatorio.
3.2 La licitud de la prueba.
3.3. La legalidad de la prueba.
3.4. Las formalidades procesales que deben cumplirse en cada medio probatorio. Requisitos de promoción de la prueba.
3.5. La legitimación y postulación para quien promueve o solicita la prueba y para quien la ordena oficiosamente.
3.6. La competencia del juez.

CAPITULO XI. Sujetos de la Actividad Probatoria

1. Sujetos de la actividad probatoria. Definición. Órganos de la Prueba. Definición. Diferencia entre "sujetos" y "órganos" de la actividad probatoria.

2. Clasificación de los sujetos que intervienen en la actividad probatoria.

2.1. Sujetos de la proposición de la prueba.

2.2. Sujetos de la contradicción de la prueba.

2.3. Sujeto de la providenciación y ordenación de la prueba.

2.4. Sujetos de la práctica o materialización de la prueba.

2.5. Sujeto destinatarios de la prueba. 2.6. Sujeto de la valoración de la prueba.

CAPITULO XII. Traslado de la Actividad Probatoria

1. La prueba judicial trasladada. Concepto.

2. Prueba trasladada en procesos judiciales donde intervienen las mismas partes.

3. Prueba trasladada en procesos judiciales donde intervienen partes diferentes.

4. Pruebas producidas en el proceso judicial donde ha operado la perención de la instancia.

5. Pruebas practicadas en procesos penales.

6. pruebas practicadas en procesos judiciales donde ha operado la nulidad.

CAPITULO XIII. Actividad Probatoria Oficiosa

1. La actividad probatoria oficiosa. Introducción.

2. Naturaleza de la actividad probatoria oficiosa. Características.

a. Facultad de dirección material.

b. Actividad probatoria.

c. Actividad facultativa.

3. Diligencias probatorias, autos para mejor proveer y otras actividades oficiosas probatorias. Diferencias.

4. Diligencias probatorias a que se refiere el artículo 401 del Código de Procedimiento Civil.

5. Término para cumplir las diligencias probatorias y recurribilidad del auto que ordena la misma. Gastos.

6. Actividad probatoria oficiosa del Juez diferente a las diligencias probatorias y autos para mejor proveer.

7. Actividad probatoria oficiosa del operador de justicia en los diversos sistemas de procedimiento.

8. Constitucionalismo y garanrismo en la actividad probatoria oficiosa.

PRÓLOGO A LA PRIMERA EDICIÓN.

Siguiendo a Santiago SENTIS MELENDO, podemos afirmar que: "La prueba constituye la zona, no solo de mayor interés, sino también neurálgica del proceso; la prueba da carácter al proceso; un proceso es mas o menos liberal, mas o menos autoritario, sobre todo en razón de la libertad o del autoritarismo que domina la materia de la prueba".

Y para lograr los fines del proceso que se sintetizan por una parte, en la relación del derecho como satisfacción de un interés público del estado y por otra, en la justa composición de los litigios o satisfacción de pretensiones, es necesario que exista una conexión entre el proceso y la realidad del caso en que él se examina, para que así el juzgador pueda, con la certeza o el convencimiento de la existencia o inexistencia de los hechos, aplicar correctamente la norma e imponer a los particulares una conducta jurídica ajustada a derecho, brindándole a la vez a éstos la tutela judicial efectiva consagrada como derecho humano en e Título III, artículos 26 de nuestra Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

Esa conexión arriba aludida, no es otra que la prueba, lo que ha llevado a reconocidos tratadistas como RICCI, GUASP, CLARO SOLAR, a afirmar que probar desde el punto de jurídico significa la actividad procesal mediante la cual se suministra, con la ayuda de los medios autorizados por la ley, el conocimiento de cualquier hecho que deba ser considerado en el fallo.

En el primer tomo del Tratado de Derecho Probatorio, el joven abogado Humberto Enrique Tercero BELLO TABARES, positivo valor de las últimas y recientes promociones de abogados, fiel a las herencias de sus antepasados, reconocidos estudiosos del derecho, en forma didáctica provee al lector de la información indispensable sobre la actividad probatoria que se debe desplegar en un proceso, considerando esta actividad en sus aspectos: a) Como vehículo, medio o instrumento; b) Como razón argumento que demostrará la verdad o no de los hechos controvertidos; c) Como resultado o efecto obtenido en la mente del juez.

Al concebir el tema desde la óptica de estos tres aspectos, realiza un enjundioso estudio sobre los principios reguladores de la materia probatoria; clasificación de las pruebas; diversos medios de prueba; oportunidad de su aportación al proceso; carga probatoria; valoración de las pruebas con indicación de su sistema de valoración, haciendo un señalamiento especial de nuestro sistema a la luz del proceso civil venezolano.

Por todo lo anotado, no dudo a considerar que los abogados tendrán en éste libro un confiable instrumento que lo ayudará en el desempeño de nuestra noble profesión, bien sea como litigantes o como jueces, por cuanto el tratamiento que del tema probatorio hace el autor, en forma seria y exhaustiva, les

permitirá obtener el conocimiento necesario para afrontar este difícil pero esencial requerimiento del proceso.

Por otra parte, debo señalar que el suficiente apoyo bibliográfico de la misma, indicado con propiedad y precisión, servirá para quienes quieran profundizar aún mas en el tema, acudan a los autores tanto extranjeros como nacionales cuyas opiniones se exponen, con la seguridad que con la doctrina anotada se enriquecerán sus conocimientos sobre la materia.

Doctor Alberto MARTINI URDANETA.

Ex Presidente de la Sala Electoral del Tribunal Supremo de Justicia.

PRÓLOGO A LA PRIMERA REIMPRESIÓN DE LA PRIMERA EDICIÓN.

La obra titulada "Tratado de Derecho Probatorio", escrita por el abogado Humberto Enrique Bello Tabares, constituye parte de una tradición familiar de juristas en el ámbito procesal y probatorio, que se inició con los profesores Humberto Bello Lozano y Humberto Bello Lozano Márquez, mas, para escribir una obra como la que nos ofrece, y mantener tan hermosa tradición familiar, se requiere, no solo de una férrea voluntad de continuarla sino de una madurez de pensamiento y preparación profunda en estas áreas del derecho, la cual sin duda se observa a lo largo de la lectura del Tratado. Se constata lo propio de un pensamiento maduro, en la complejidad del análisis que se despliega cuando la mirada escrutadora del autor se ha posado una y otra vez sobre la misma inquietud, de tal manera que descubre múltiples aristas y canales de comunicación, complementadas con el análisis crítico de las instituciones probatorias y de las decisiones que en torno a ellas han emanado del Tribunal Supremo de Justicia.

Esta nueva versión del "Tratado de Derecho Probatorio", está estructurada en dos (2) tomos, dividida a su vez en tres títulos, el primero referido a la prueba en general que contiene el análisis de los elementos fundamentales del estudio de la teoría general de la prueba judicial, su objeto, principios, finalidad, carga probatoria, sujetos, momentos de la prueba, interpretación, apreciación y valoración probatoria; el segundo a los medios de prueba en particular como son las pruebas de confesión, testimoniales, juramento, por documentos, instrumental pública y privada, inspección judicial, reproducciones, reconstrucciones, experticias e indicios y el título tercero se orienta al estudio de las pruebas en los procedimientos orales, en los que se efectúa el planteamiento teórico y práctico de las instituciones probatorias, pero sobre todo, el crítico de manera frontal y directa en torno a los criterios jurisprudenciales aplicados por nuestro Máximo Tribunal, exponiendo de una forma objetiva, concreta, determinante y hasta algunas veces severa sus objeciones, aportando lo que considera la adecuada interpretación o el alcance y sentido correcto de la norma que más se ajusta a la institución probatoria de la que se trate.

El tratado que prologamos, además, nos sitúa en el estudio de los errores probatorios en sede casacional, con especial referencia a la Sala de Casación Social, lo que constituye una innovación en la presente actualización.

Humberto Enrique Bello Tabares, resultó ser un aventajado cursante de la especialización en Derecho Procesal Civil en la Universidad Santa María, en la que obtuvo el título de especialista en el año de 1999, tiempo en el cual tuve el gusto de compartir el salón de clases como su profesora en la materia de Casación Civil, donde me permitió no solo impartirle los conceptos básicos del recurso extraordinario de casación, sino departir con él conceptos mas profundos en un debatir del lenguaje propio de casacionistas, que ahora se han rendido sus frutos cuando observo cómo en sus ya numerosas obras

publicadas siempre encuentra un espacio para incorporar algún análisis jurídico desde el punto de vista de la casación, sea civil o social, a la institución que aborda.

Esos días de compartir en el aula de clases han quedado atrás, pero su dedicación al estudio y a la escritura no, en el año 2002 obtiene su título de Magíster en Ciencias Jurídicas mención Derecho Procesal Civil de la Universidad Santa María y en el año 2003 se titula Doctor en Ciencias Jurídicas, mención Derecho Procesal Civil, de la misma casa de estudio. Actualmente, se desempeña como profesor universitario en distintas universidades y Coordinador de la especialización de Derecho Procesal Civil de la Universidad José María Vargas, pero donde no deja de asombrarnos es en la disciplina que se impone para dedicarse a escribir, que ha traído como fruto importantes obras como son: El Nuevo Amparo en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, Teoría General del Proceso Tomo I y II , Honorarios, Tratado de Derecho Probatorio Tomos I, II y III, De las Pruebas en General, De la Prueba en Especial, De las Pruebas en los Procesos Orales, Análisis del Régimen Probatorio en los Procedimientos Orales contenidos en las Diversas Leyes de la República, El Fraude Procesal y la Conducta de la Parte como Prueba del Fraude, La Tutela Judicial Efectiva y Otras Garantías Constitucionales Procesales, Las Pruebas en el Proceso Laboral y Teoría General de los Recursos Judiciales en el Proceso Civil.

En su más reciente trabajo de actualización plasmado en el presente "Tratado de Derecho Probatorio", el autor ofrece una versión adaptada a los numerosos cambios jurisprudenciales que han tenido lugar dentro de nuestro tan convulsionado ordenamiento jurídico, por lo que segura estoy será de gran utilidad a todo estudioso del derecho.

Como vemos, el trabajo que me honra prologar, es una contribución al estudio de un tema importante dentro del ámbito del Derecho Procesal en Venezuela, que coadyuvará no solo a los operadores de justicia a la mejor interpretación y aplicación de las normas en la resolución de las controversias sino a los abogados en general, en la aplicación práctica de la materia probatoria en el ejercicio de nuestra loable profesión, en consecución siempre de un debido proceso propio de un verdadero Estado de Derecho.

María Conchita MULINO RÍOS
Abogado. Especialista en Derecho Procesal Civil

PRESENTACIÓN

Para el período correspondiente al año 2007-2008 y conforma a las bases del certamen convocado, la Academia de Ciencias Políticas y Sociales premiaría con el máximo galardón nuestro trabajo en dos tomos titulado "TRATADO DE DERECHO PROBATORIO", que tuviera sus inicios en el año 2002 y cuya versión definitiva quedaría comprendida en el mencionado escrito, inspirado fundamentalmente por el hecho de honrar ese compromiso familiar que sin buscarlo nos impondrían, al haber sido precisamente nuestro antecesor indirecto el maestro Humberto BELLO LOZANO quien en la historia de nuestra ciencia procesal y probatoria científica venezolana, incluyera los estudios del "Derecho Probatorio" dentro del *pensum* universitario como materia obligatoria y separada de los estudios del Derecho Procesal, lo que haría en su condición de profesor titular y autoridad académica de la Universidad Santa María, a lo que debemos sumarle el trabajo de nuestro padre Humberto bello BELLO-LOZANO MÁRQUEZ, quien en su condición de profesor nos hiciera despertar el interés vocacional, no solo por la materia sino en general por la docencia.

De los inicios de nuestra labor en la lectura y escritura del trabajo en cuestión, ya ha transcurrido más de una década, lo que y con motivo al hecho de haberse agotado la existencia de los ejemplares publicadas en su última versión de 2008, ante la solicitud de nuestro amable editor de realizar un nuevo tiraje del libro, hemos aprovechado la oportunidad para analizar nuevamente lo escrito, a la luz de las nuevas tendencias de la ciencia jurídica, del avance de la ciencia procesal y probatoria y especialmente en la madurez de nuestros conocimientos formados por el estudio constante de la doctrina clásica y moderna sobre el tema que se aborda. Es así como reposando la mirada una y otra vez sobre el mismo tema, analizando lo escrito en su momento y el desarrollo que se le diera al tema probatorio en la última versión del "Tratado", lejos de presentar una actualización, una ampliación, corrección o mejoramiento del libro, conservando la misma estructura, la carcasa original –que no obstante también ha sido objeto de revisión y modificación- así como la misma denominación –la cual ha quedado por sugerencia editorial, pero que perfectamente pudiera haber sido cambiada- hemos construido un "nuevo libro" donde los conceptos, características, naturaleza, consecuencia, requisitos, procedimiento, valoración y demás aspectos que analizamos en cada uno de los medios probatorios estudiados, han sido totalmente cambiados.

Inmediatamente que el lector comience con el estudio del libro notará la mutación, observará que se trata de otra obra donde los conceptos que habíamos expuesto en la última versión han quedado atrás, lo propio sucede con cada una de las instituciones probatorias; pero también notará el enfoque que se le dá al trabajo, pues no se trata del mismo estudio probatorio de cada uno de los medios, de la teoría general del Derecho probatorio y de los medios probatorios en particular, sino que su visión se hace

conforme a las nuevas y modernas tendencias constitucionales y garantistas, partiendo de la premisa que el tema probatorio, el Derecho probatorio se encuentra constitucionalizado o positivado –lo que ha sido producto del contenido de los artículos 2, 26, 49 y 257 constitucionales- lo que se aborda bajo la denominación de "Derecho constitucional de acceso al sistema probatorio" y comprende un todo más amplio que la "prueba judicial"; pero también y como dijimos el estudio lo abordamos conjuntamente con una visión "garantista" para poner en funcionamiento eficaz el tema probatorio y así evitar el típico divorcio ley-efectividad -aplicación práctica- nociones que en definitiva nos permiten apreciar otra faceta del Derecho probatorio que no había sido abordada en nuestro estudios procesales y probatorios venezolanos y de cuya consecuencia permitirá apreciar al lector, el nuevo entendimiento del tema y la forma como deben ser interpretadas y aplicadas las normas probatorias en el marco del sistema de procedimiento judicial.

En sintonía con lo dicho y partiendo del hecho que la "prueba judicial" es una actividad exclusivamente jurisdiccional, que corresponde en forma exclusiva y excluyente al judicante, que es posterior a la investigación de los hechos "brutos" y a la formación de la estrategia del proceso –probática- que consiste en la verificación o constatación de los hechos institucionales señalados por las partes como fundamentos de sus diversas pretensiones –sea demanda, contestación, acusación o defensa- al ser presupuesto de las normas que consagran aquellas consecuencias jurídicas que son perseguidas, mediante la comparación con aquellas fuentes probatorias aportadas por las partes conforme a los medios y según los procedimientos probatorios previstos en cada sistema de procedimiento, lo que en general constituye la actividad probatoria de las partes, sin perjuicio de la actividad probatoria oficiosa que puedan igualmente allegar al proceso fuentes probatorias, para en definitiva servir a la convicción judicial traducida en certeza no ausente de error, indicamos que el tema de la constitucionalización del derecho de acceso al sistema probatorio ubica la "prueba judicial" como uno de sus componentes, posiblemente el más importante pero no el único, aunque sí el último de los componentes de esa cadena procedimental probatoria que tiene como fin la convicción judicial, pues también forman parte de dicho derecho la investigación, la probática, la anticipación de medios probatorios, preconstitución y aseguramiento de fuentes probatorias, apertura de un lapso probatorio, proposición de medios probatorios, oposición a su admisión, providenciación por parte del órgano jurisdiccional, recurribilidad de la decisión que las providencie, materialización en audiencia pública, oral con inmediación, contradicción o bilateralidad y concentración –formación de la prueba en audiencia pública y bilateral- alegaciones finales respecto a la actividad probatoria y finalmente la valoración probatoria, entre otros elementos propios del sistema constitucional que envuelve al derecho probatorio y que impacta severamente en el estudio, interpretación, comprensión y aplicación de las normas que regulan el tema probatorio.

Teniendo el aspecto constitucional-garantista como objetivo esencial a partir del cual construimos el "Tratado" como hemos dicho, el lector percibirá claramente estas nuevas corrientes y la afectación que genera en las instituciones probatorias, no solo en su noción general –teoría general del derecho probatorio o de la prueba judicial como algunos lo denominan- sino también en su noción especial –referido a cada uno de los medios probatorios. También nos importa destacar que y sin perjuicio del estudio contenido en dos títulos, el primero "De la Teoría General del Derecho Probatorio" y el segundo "De los Medios Probatorios en Específico", en cada uno de los diferentes capítulos que componen ambos títulos, el lector podrá ubicar puntos concretos donde analizamos cada una de las instituciones en los diferentes sistemas de procedimiento regulados en la legislación venezolana, como el civil –tanto oral como escrito- marítimo, aeronáutico, penal –ordinario y especial- laboral, niños y adolescentes, contencioso administrativo, contencioso tributario y agrario, lo que nos permite afirmar con la humildad que nos caracteriza, que se trata del trabajo más completo y científico que se ha escrito hasta el momento y posiblemente en la historia de nuestro desarrollo científico, procesal y probatorio. En este punto queremos resaltar que el estudio del tema probatorio que presentamos tiene un marcado acento en el sistema de procedimiento penal, que abordamos con especial atención en cada uno de los capítulos que presentamos, posiblemente en miras a presentar en un futuro un trabajo exclusivo sobre las pruebas en el proceso penal, idea que desde hace un buen tiempo viene retumbando en nuestra mente y que ha cobrado fuerzas cuando hemos observado en nuestro foro la ausencia de un material inteligente, serio, completo y complejo sobre el tema -sin perjuicio de contados trabajos existentes de alta valía que abordan el tema, lo que se refleja e impacta en la academia y que recogemos día a día de nuestra experiencia como profesores de la materia en los postgrados de Derecho Penal, conforme a la poca y porque no decirlo, mediocre formación del alumnado que deja de manifiesto una ignorancia injustificada sobre el tema probatorio en general y con mucho y más en el sistema penal propiamente dicho.

Partiendo de lo dicho y como es lógico abordamos en la "Teoría General del Derecho Probatorio" los grandes temas de la precitada teoría, referidos primeramente al estudio de la noción, definición, acepciones o hipertrofia y visión de la prueba en sentido judicial y procesal, finalidad y objetivos, el tema y objeto del derecho probatorio, los principios que regulan la actividad probatoria, los diferentes medios probatorios, momentos de la actividad probatoria, carga probatoria, sistemas de valoración probatoria, traslado de material probatorio –traslado de pruebas- requisitos de la actividad probatoria, sujetos y especialmente dos capítulos concretos: uno referido a ese tema constitucional y garantita que envuelve la cuestión probatoria y el otro –que hemos incorporado en esta oportunidad- dedicado a la evolución histórica del derecho probatorio, con especial acento en el sistema de procedimiento venezolano. Ya en la parte especial donde asumidos el estudio de cada uno de los medios

probatorios, tratamos la declaración de las partes, de testigos, el juramento, la prueba documental e instrumental, esta última tanto la pública –negocial o administrativa- y la privada, el reconocimiento judicial, la experticia, las reconstrucciones, reproducciones y pericias científicas, así como los indicios y las presunciones, temas todos éstos abordados de manera científica y compleja.

Destacamos que en la elaboración de cada capítulo, hemos hecho un repaso minucioso de la doctrina foránea y extranjera, tanto clásica como moderna, en la primera donde nos referimos a los criterios que en cada caso tienen los doctrinantes italianos, alemanes, españoles, argentinos, colombianos y panameños entre otros; en la segunda, analizamos la doctrina más destacada en nuestra ciencia procesal y probatoria, desde las clásicos hasta los más modernos.

Para terminar solo nos queda decir que se trata de un trabajo teórico-práctico serio, inteligente, moderno, finamente acabado y complejo, que no se limita a más de lo mismo, ofreciendo además de ese nuevo enfoque, las críticas necesarias que hacen bambolear las tendencias clásicas que se han querido imponer, que lamentablemente se repiten en nuestros salones de clase sin ningún tipo de reflexión, sumado a la natural crítica que también hacemos de las decisiones de nuestro Tribunal Supremo de Justicia. Invitamos a la lectura de nuestro trabajo y esperamos que la comunidad jurídica seria, lo acoja con benevolencia como ha sucedido con nuestros otros trabajos.

Humberto E.T. BELLO TRABARES
Caracas, julio 2013.

TITULO I

TEORÍA GENERAL DEL DERECHO PROBATORIO

CAPITULO I

DERECHO PROBATORIO Y PRUEBAS JUDICIALES

NOCIONES FUNDAMENTALES

……………………………………………………………………………………………………

***SUMARIO**. 1. La prueba. Nociones generales. 1.1. Noción hitoricista de la prueba. 1.2. Noción procesalística de la prueba. 2. Prueba procesal o judicial y derecho probatorio. 3. Etimología de la palabra prueba. 4. La prueba judicial. Acepciones o carácter polifacético. Hipertrofia del concepto de pruebas judiciales. 4.1. Prueba como fuente. 4.2. Prueba como medio. 4.3. Prueba como procedimiento de prueba. 4.4. Prueba como razón, argumentos o motivos. 4.5. Prueba como actividad de partes y del órgano jurisdiccional. 4.6. Prueba como probática. 4.7. Prueba como actos de investigación. 4.8. Prueba como actividad de verificación de las afirmaciones de las partes. 4.9. Prueba como convencimiento judicial o certeza. 5. Definición de prueba judicial. Definición de la doctrina. Nuestra definición. Caracterización de la definición ofrecida. 6. Panorama general de la prueba judicial. 7. Naturaleza jurídica o carácter de las normas probatorias. 8. Finalidad de la prueba judicial. 8.1. Teoría de la prueba como demostración o averiguación de la verdad. 8.2. Teoría de la prueba como mecanismo de fijación formal de los hechos. 8.3. Teoría de la convicción judicial. 8.4. Teoría Ecléctica. 8.5. Conclusión respecto a la finalidad de la prueba. 9. La verdad y la prueba. El problema de la verdad y su aplicación en el campo de la prueba. 10. La prueba como parte de la "teoría general del proceso". 10.1. Hacia una "teoría general de la prueba". 10.2. La "jurisdicción" y la prueba. 10.3. La "acción" y la prueba". 10.4. El "proceso" y la Prueba.*

1. LA PRUEBA. Nociones generales.

La "prueba" es un elemento que se encuentra presente en la vida de toda persona, es una noción que camina junto con el ser humano, simplemente que está en todas las manifestaciones del ser humano, desde su nacimiento hasta su muerte y más allá, pues desde el inicio de la vida –humana- se presenta la necesidad de probar, de superar retos, de comprobar y verificar nuestras aptitudes y actitudes, como la respiración, los sentidos, el tacto el gusto, la vista y cuando el ser comienza a crecer, nuestro comportamiento, esas pruebas se van dificultando, pues empezamos a tener contacto con otras personas, comenzamos la vida social, el aprendizaje, los estudios, la alegrías, las molestias y en fin, se acrecenta la necesidad de probar ante la sociedad y ante nosotros mismos, y es que a través de estas comprobaciones es que podemos obtener una información radiográfica de la vida de cada ser humano, insistimos, su nacimiento, el nombre de los padres y demás familiares, el nombre que se le impuso, la amistades que tuvo, a la escuela que acudió, la universidad y los estudios de cuarto nivel, las calificaciones que obtuvo, los trabajos que desempeñó, la persona con quien convivió, los hijos que tuvo, la capacidad intelectual y económica, los bienes que adquirió, los eventos en que participó e incluso el día en que murió, actos todos éstos que requieren de esa prueba –verificación o comprobación- de conductas, actitudes y aptitudes de las personas para con los demás y para consigo mismo, comprobación de la posibilidad o no de superar los retos, de ahí que en general el término no sea propio de la ciencia jurídica; y es que si queremos ser mas específicos respecto a lo que indicamos, desde el mismo momento de la gestación, se tiene que comprobar la posibilidad de nacer, al producirse este evento la capacidad para sobrevevir, luego

la capacidad para aprender, para relacionarnos, para crecer, para enfrentar responsabilidades, para estudiar, trabajar, para casarse, para procrear y responder ante y por los hijos, para formar nuevas generaciones y en definitiva hasta para llegar a nuestro ocaso, siendo esta una noción vulgar de lo que puede considerarse como "prueba".

Lo dicho nos permite afirmar que y como veremos más adelante, la palabra "prueba" no solo se presenta como polisémica, polifacética, poliedrera o anfibiológica,[1], sino que no es propio ni pertenece al mundo jurídico, por el contrario a diferencia de lo que ocurre con ciertas instituciones y conceptos jurídicos, la "noción" de prueba excede o traspasa la misma ubicándose en aquellas ciencias que integran el saber humano y como dijimos,[2] en la vida práctica de toda persona desde su nacimiento hasta su muerte, incluso más allá; así en el lenguaje corriete y cotidiano el término o palabra "prueba" es sinónimo de ensayo, experimiento, revisión realizados con el fin de depurar la bondad o eficacia, exactitud o no de algo, sea una cosa material o una una operación mental traducida o no en actos o resultados como lo indica DELLEPIANE, quien manifiesta que en el fondo de toda prueba esta presente la confrontación o comparación de una cosa o de una operación con otra, para cerciorarse de la bondad, eficacia o exactitud de las primeras, de cuya resultancia podrá obtenerse, bien la "prueba" entendida como "certeza" de esa confirmación o acuerdo entre las cosas u operaciones confrontadas, bien la información, ivalidación o desacuerdo entre las mismas.[3]

La "prueba", "probar" en los términos señalados como confrontación o comparación, más aún como verificación o comprobación de un resultado, es una actividad posterior a la investigación, averiguación, indagación, experimentación o ensayo, que tiende a realizar una afirmación en relación con la cosa u operación ensayada, vale decir, la investigación es un *prius* de la prueba, primero ha de investigarse unos hechos para poder afirmar su existencia, su verdad o falsedad, luego de lo cual deberá acreditarse o verificarse tal afirmación mediante su comprobación, momento en el cual tiene lugar la "prueba". De manera y tras la precitada afirmación existe la necesidad de verificar la verdad o falsedad, exactitud o no de la proposición inicial ensayada, de ahí que como afirma MIRANDA ESTRAMPES,[4]

---

[1] Denominación a la que se refiere Hernán Fabio LÓPEZ BLANCO para tratar a los diversos significados que dentro del contexto de su utilización puede conllevar. Procedimiento Civil. Tomo III. Pruebas. Editorial Dupre. Bogotá, 2001. p. 19.

[2] Véase a Valentín SILVA MELERO. La Prueba Procesal. Tomo I. Teoría General. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid, 1963. pp. 39 y ss. Igualmente Antonio ROCHA ALVIRA. De la Prueba en Derecho. Editorial. Biblioteca Jurídica Dike. Medellín, 1990. p. 16. Heliorodo FIERRO-MENDEZ. La Prueba en el Derecho Penal. Sistema Acusatorio. Editorial Leyer. Bogotá, 2006. p. 51. Carlos BETANCUR JARAMILLO y Alfonso GARCÍA SIERRA. De la Prueba Judicial. pp 18 y 19. Humberto BRISEÑO SIERRA. Derecho Procesal. Volumen IV. Primera Edición. Edirtorial Cárdenas. México, 1970. pp. 318 y ss.

[3] Antonio DELLEPIANE. Nueva Teoría de la Prueba. Editorial Temis. Bogotá, 1997. p. 8

[4] Manuel MIRANDA ESTRAMPES. Mínima Actividad Probatoria en el Proceso Penal. Editorial J.M Bosch. Barcelona, 1997. p. 16.

en el uso corriente del lenguaje, "probar" se traduce en constatación, verificación, comprobación, de manera que y como señalabamos, en las diversas disciplinas científicas existe la necediad de la verificación o comprobación, esto es, de la prueba de una hipótesis o tesis para obtener la covicción traducidad en un estado de certeza como grado de conocimiento sobre la existencia de la afirmación sobre algo, certeza que no es equivalente a infalibidad o verdad aboluta, sino a una verdad relativizada que despeje toda duda o incertidumbre sobre una hipótesis afirmada, que sea aceptable, confirmable y no refutable, produciendo un estado; de ahí que SENTIS MELENDO,[5] al tratar el tema escribiría un apartado que denominaría "El concepto de prueba no hay que buscarlo en los Códigos".

En este orden de idas podemos referirnos a lo escrito por CARNELUTTI, quien indicaría que […] *en lenguaje común "prueba" se usa como una comprobación de la verdad de una proposición; solo se habla de prueba a popósito de alguna cosa que ha sido afirmada y cuya exactitud se trata de comprobar; no pertenece a la prueba el procedimiento mediante el cual se descubre una verdad no afirmada sino, por el contrario, aquel mediante el cual se demustra o halla una verdad afirmada. Acaso el ejemplo más a prop´soito para dilucidar este contenido común del concpeto se encuenra en la antítesis entre operación aritmética y la prueba de la operación: hasta que se ha efectuado la operación no se piensa en la prueba, y ello es tan sólo para verificar el resultado nuevo que aquélla lleva a afirmar. En rigor, pues, la prueba debe diferenciarse del procedimiento empleado para la verificación de la proposición (afirmada)"* de lo trascrito puede apreciarse que para el maestro italiano la prueba de la afirmación acerca de la existencia de un hecho, se hace mediante el conocimiento del hecho mismo, no siendo el conocimiento la prueba, sino la "afirmación" sobre el conocimiento, más concretamente, sobre los hechos, los cuales no se conocen pero se comprueban, constatan o verifican, mientras que aquellos –los hechos- no se verifican: los hechos se prueba, en cuanto se conozcan, para verificar las afirmaciones que sobre los mismos se hace.[6]

Debe insistirse que la noción de "prueba" en los términos que venimos expresando, excede del mundo no solo procesal, sino jurídico, es un concepto extrajurídico, metajurídico, extraprocesal, más correctamente "universalo",[7] de ahí que el maestro colombiano Hernando DEVIS ECHANDÍA exprese

---

[5] Santiago SENTÍS MELENDO. La Prueba. Los Grandes Temas del Derecho Probatorio. Ediciones Jurídicas Europa-América. Buenos Aires, 1978. p. 31.

[6] Francisco CARNELUTTI. La Prueba Civil. Editorial Depalma. Buenos Aires, 1982. pp. 38 y ss.

[7] MIRANDA ESTRAMPES señala que […] *Uno de los primeros errores que se cometen al aordar el estudio de la prueba en el proceso es tratar de analizar el fenómeno probatorio como exclusivamente procesal. La prueba como comprobación o verificación de la exactitud de una afirmación no es una actividad exclusivamene del campo del Derecho sino que es, ante todo, una actividad del ser humano que tiene aplicación en otras ciencias extrajurídicas, e incluso, en la vida cotidiana. Es una actividad que se produce en todas las facetas o áreas en donde se desenvuelve la personalidad humana. Tiene por consiguiente, un carácter metajurídico o extrajurídico. La noción de prueba transciende, por tanto, el campo del Derecho*"; que y respecto a la prueba jurídica, lo caracterísitico es que […] *en ella los procedimientos, mecanismos y medios a través de los cuales se desarrolla la actividad probatoria, en el seno de un proceso, vienen determinados y regulados por la ley."* La prueba citando a SERRA DOMINGUEZ, es la veriricaciuóin de la exactitud de una afirmación mediante su compraciióin con otra encontrada por diversos cauces. Ob. Cit. pp. 16 y ss.

que el historiador, sociólogo, lingüistae, cronista, periodista, geólogo, arqueólogo, palentólogo, antropólogo, estadista, político, zoólogo, botánico, ngeniero, arquitecto, biológogo, sícólogo, psiquiatra, médico, filósofo, químico, físico, agricultor, ganadero, investigador en cualquier campo y hasta el artista, tienen la necesidad de probar los hechos, los resultados, los efectos y las causas de éstos, recostruyendo el pasado, analizando el presente y deduciendo el futuro, lo que incluye el campo de las nociones absractas, la lógica, la filosofía y la metafísica, que tratan de comprobar sus teorías o concepciones, concluyendo que en definitiva nadie escapa a la necesidad de probar, de convencerse de la realidad o de la verdad de o sobre algo, pues la noción de prueba se encuentra presente en todas las manifestaciones de la vida humana, existiendo en consecuencia una noción vulgar u ordinaria y otra técnica, que variará según la actividad o ciencia en que se aplique;[8] esta última de nuestro interés y que puede ubicarse en el campo historicista o procesalista, tal y como lo analizaremos en otro apartado.

El carácter polisémico del térmimo "prueba", como concepto extrajurídico o metajurídico, extraprocesal, más correctamente "universal" es la que permite concebir numerosas teorías y definiciones de la "prueba" como simples reformulaciones en cada caso pero condicionada a los distintos factores y nociones culturales, técnicas y científicas, lo que y como afirma TARUFFO conduce a un primer problema respecto a su noción y definición, que proviene del hecho de que el tema de la prueba se presta en menor medida que otros, a agotarse en la dimensión jurídica y tiende a proyectarse fuera de ella, penetrando en otros campos del saber, como la lógica, la epistemología y la psicología, agregando que el tema en cuestión –de la prueba- tiene la peculiar característica de emitir inmediata e inevitablemente fuera del proceso, incluso, fuera del derecho.[9] Precisamente uno de los campos o nociones donde se desenvuelve el término "prueba" desde una visión epistemológica, es en la ciencia jurídica y más concretamente en la ciencia procesalista, donde incluso su noción también resuelta hipertrofiada –carácter polisémico en el ámbito procesal- tal como lo veremos en los puntos que siguen, noción científica que es la que nos interesa en el marco de la función reconstructiva, de cognición y verificación de las afirmaciones de los hechos institucionales jurídicos expuestos por las partes en el marco de un proceso judicial, como fundamento de sus pretensiones y excepciones, contenidas bien en la demanda, en la acusación, en la contestación o en la defensa, mediante la comparación con las fuentes aportadas a través de los medios probatorios y conforme al procedimiento y técnica legal, en el marco de un debido proceso,

---

[8] Hernando DEVIS ECHANDÍA. Teoría General de la Prueba Judicial. Tomo I. 5ta edición. Editorial Victor P. De Zavalía. Buenos Aires, 1981. pp. 14 y ss.

[9] Michelle TARUFFO. La Prueba de los Hechos. Editorial Trotta. Madrid, 2002. pp. 26 y ss. Igualmente Lluís MUÑOZ SABATÉ. Fundamentos de Prueba Judicial Civil. L.E.C. 1/2000. Editorial J.M Bosch. Barcelona, 2001. P. 26.

hechos institucionales que son el presupuesto fáctico de aquellos contenidos en la norma jurídica para la obtención de un resultado jurídico y procesal que sea justo.

De esta manera en el marco del proceso judicial, como proceso de conocimiento y verificación de los hechos, debe tomarse en consideración que los hechos ocurridos y que pueden tener significación y relevancia jurídica al ser el presupuesto de una norma jurídica que consagre alguna consecuencia constitutiva, extintiva, impeditiva, invalidativa o modificativa de una relación jurídica –hechos brutos- son llevados al proceso por las partes en sus escritos de demanda, contestación, acusación o defensa de manera "institucionalizada" –hechos del litigio o de la causa, hechos "institucionales"- que son los que existen en el mundo jurídico y que producen efectos de tal entidad al ser petinentes en el contexto de la toma de la decisión judicial, tal como nos lo describe TARUFFO, quien expresa que […] *el derecho define y selecciona los hechos que pueden ser considerados en el "litigio" en todo caso que sea objeto de disputa. En cierto sentido, entonces, los "hechos en litigio" son siempre "institucionales", pues se definen y determinan por medio de la aplicación de normas jurídicas."* Señala el maestro italiano que los hechos no se incorporan al proceso judicial en su realidad empírica o material, tal y como ha ocurrido en el pasado, sino que los mismos se incorporan a través de "enunciados" acerca de lo acontencido fácticamente, esto es, "enunciados fácticos" que se refieren a productos lingüísticos definidos por las partes o por el judicante, más concretamente, afirmación sobre los "hechos institucionales" los cuales pueden ser verdaderos o falsos, cuya verificación o comprobación para producir la convicción judicial traducido en certeza, será a través de la "prueba", de ahí que más que probar los hechos es probar los enunciados.[10] La prueba en el marco de esta noción científica-procesal como lo indica SILVA MELERO […] *no es más que un aspecto de la prueba en general que, en el mundo de los valores, se nos ofrece de un modo policémico; que unas veces se relaciona con el tráfico jurídico; otras, afecta al dominio de la lógica, al de la investigación en las diferentes ciencias y adquiriendo especial relieve en las relaciones sociales y humanas."*[11]

1.1. Noción hitoricista de la prueba.

Como hemos anotado el término "prueba" es polisémico, extrajurídico o metajurídico, un concepto universal que también tiene aplicabilidad en las ciencias jurídicas y concretamente en la reconstructiva, de cognición y verificación ocurrida en el marco del derecho procesal –proceso judicial- cuya noción vulgar u ordinaria se ubica en la vida ordinariade todo ser humano; pero también hemos indicado que la

---

[10] Michelle TARUFFO. La Prueba. Editorial Marcial Pons. Traducción de Laura Manríquez y Hordi Ferrer Beltrán. Madrid, 2008. pp. 17 y ss.
[11] Valentín SILVA MELERO. Ob. cit. T. I. p. 30.

"prueba" tiene una significación o noción científica que que tampoco se limita a la jurídica, pues y como afirma DEVIS ECHANDÍA, el historiador, el sociólogo, el lingüistae, el cronista, el periodista, el geólogo, el arqueólogo, el palentólogo, el antropólogo, el estadista, el político, el zoólogo, el botánico, el ingeniero, el arquitecto, el el biológogo, el psícólogo, el psiquiatra, el médico, el filósimo, el químico, el físico, el agricultor, el ganadero, el investigador en cualquier campo y hasta el artista, tienen la necesidad de probar los hechos, los resultados, los efectos y las causas de éstos, recostruyendo el pasado, analizando el presente y deduciendo el futuro, lo que incluye el campo de las nociones absractas, la lógica, la filosofía y la metafísica.

MUÑOZ SABATÉ se refiere en este punto al "paradigma historicista" señalando que generalmente se suele identificar la figura del juez con la del historiador, de ahí la "noción historicista" del término "prueba"; que tal identificación se justifica por el carácter retrodictivo de ambas ciencias que tienen por objeto la reconstrucción y reproducción de un hecho o suceso pasado, en el entendido que lo que los procesalistas llaman o denominan valoración del material probatorio, los historiadores denominan heurística o crítica de las fuentes, cuyos medios de convicción para el examen de la verdad de esos hechos pasados, son precisamente los mismos. Luego, citando a CALAMADREI expresa que la identidad no es en modo alguna absoluta, pues […] *El juicio del magistrado se apoya, como el historiador, en el conocimientos de datos concretos, pero el campo dentro del cual puede moverse para la investigación de la certeza de estos datos está delimitado por barreras terminales que el historiador ignora. Así mientras el historiador escoge por sí mismo el objeto de sus investigaciones, el juez debe resolver secundum allegata. Tampoco puede el juez, al menos en lo civil y al revés que el historiador, elegir las pruebas que más le convenga. Y nada digamos de las reglas de valoración, configuradotas de la llamada prueba tasada, y que como es natural no se dan en el campo de la investigación."*[12] Pero aún más, respecto al elemento de la cuantificación de sus resultancias en la macro-historia y micro-historia, existen diferencias entre el judicante y el hisoriador. Así el derecho probatorio requiere de la reproducción de un pequeño trozo de la historia, situadas en coordenadas espacio-tiempo que han delimitado las partes con sus afirmaciones sobre el tema debatido, sobre las cuales en definitiva ha de recaer en específico la actividad probatoria a través de los diferentes instrumentos de prueba y fuera de las cuales no puede moverse el judicante, so pena de incurrir en exceso de jurisdicción –incongruencia, citrapetita o ulrapetita-; en tanto y respecto al historiador, no existen límites ni deber de precisión respecto a las coordenadas espacio-tiempo de la investigación de los hechos, de la versión histórica que se trate, sumado a la ilimitada posibilidad de utilización de instrumentos en búsqueda de la historia.

De lo dicho podemos apreciar claramente que si bien la actividad del judicante y del historiador son de carácter reconstructivas y cognitivas, para la verificación o comprobación de una hipótesis, el

[12] Lluís MUÑOZ SABATE. Ob. cit. pp. 27 y ss.

paralelismo no se presenta cuando en el marco de un proceso judicial son las partes quienes delimitan el tema controvertido –la historia concreta del caso cuyos hechos son narados y afirmados por las partes- y dentro de los cuales el juez debe desenvolverse –principios dispositivo y de congruencia- sin poder traspasar las barreras fácticas que han impuesto las partes; también el tema de la verificación de los hechos que representan la historia del proceso solo pueden hacerse a través de los instrumentos y en el espacio y tiempo que el proceso fija para tal actividad, todo regido por normas legales y en el marco de reglas que se ubican en un debido proceso formal, cuyas limtaciones no se presentan precisamente en la actividad del historiador, vale decir, que la verificación de los hechos no puede obtenerse en el marco de un proceso a cualquier precio; también podemos señalar que la historia fáctica a verificar en el marco de un proceso, además de limitada en la forma y términos expuestos por las partes, ha de recaer sobre aquellos hechos afirmados que tengan características de controvertidos, relevantes y pertinentes, lo que no ocurre en la actividad de verificación del historiador, quien no atiende a la pertinencia ni relevancia del hechos a investigar y comprobar. Podemos agregar siguiendo a MIRANDA ESTRAMPES,[13] que también se presenta una diferencia en cuanto a la dualidad de personas respecto a la que produce o realiza la afirmación de los hechos –parte demandante, demandada, acusador o acusado- y la que debe verificar y crear convición, pues en la activiad del historiador no existe problema alguno que sea la misma persona quien afirma los hechos y quien los verifique y se convenza; pero cuando se trata de la activiad del juzgador, especialmente en el sistema penal, debe existir una clara diferenciación respecto a la persona que afirma o enuncia los hechos –el fiscal acusador o la víctima querella para nosotros- y quien ha de verificar los mismos –el juzgador-. Lo anotado nos permite afirmar que solo con una visión amplia o general podemos identificar las funciones de ambos sujetos, en lo que respecta a la existencia y necesidad de un procedimiento para la reconstrucción de los hechos históricos que se han afirmado en el marco de un proceso de cognición o conocimiento sobre los mismos y su comprobación a través de los instrumentos que se empleen; vale decir, que ambas son cientas reconstructivas del pasado o como lo expone DELLEPIANE "ciencias construtivas".[14]

Este autor expresa que dando por sentado que probar un hecho es establecer su existencia, demostrar su existencia anterior y que puede aún existir en la actualidad, dicha actividad se identifica o confunde con la del historiador, concretamente en la actividad probatoria, pues la del judicante –prueba judicial- y la del historiador –prueba histórica- se persigue un mismo fin: la verificación o comprobación del hecho histórico o pasados; pero y respecto a los medios, también se produce la precitada confusión,

---

[13] Manuel MIRANDA ESTRAMPES. Ob. cit. p. 86.

[14] Antonio DELLEPIANE. Ob. cit. p. 15. También puede verse a Hugo ALSINA. Tratado Teórico Práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial. Segunda edición. Tomo III. Juicio ordinario. Ediciones Ediar Sociedad Anónima. Buenos Aires, 1961. p. 224.

al partirse en ambos de rastros, huellas, vestigios dejados por los hechos al producirse –medios de prueba y fuentes históricas- que permiten su recosnrucción a través de medios o procesos lógicos para su reconstrucción, más aún, a través de los métodos –reconstructivos- especialmente los indicios partiendo del hecho indicante –rastro, huella, vestigio- para establecer el hecho indicado –histórico que se reconstruye- mediante una inferencia racional y lógica de carácter presuntiva. Expone que […] *Así como la fnalidad de la historia es hacernos conocer los hombres y sociedades pasadas tales como fueron, revivirlos o resucitarlos, podría decirse, existe una serie de ciencias, naturales unas y otras sociales, que se preponen un fin análogo, en cuanto intentan mostrarnos cómo pasaron ciertos hechos naturales o cómo fueron ciertos seres en el pasado. El objeto de las ciencias físicas, biológicas, sociológicas que estudian la realidad actual, es el conocimiento de las cosas, hechos o seres que nos rodean; pero este mismo conocimiento para ser completo, necesita aplicarse a investigar cómohan sido las cosas, hechos o seres del pasado, de que aquellos derivan. Tal es el objeto de las ciencias reconstructivas, las que como vemos, miran a lo pasado, se mueven en el pasado, siendo su objeto una realidad; las cosas, hechos y seresque fueron."*[15]

DEVIS ECHANDÍA al tratar este tema nos dice, que en efecto el historiador, el paleontólogo, arqueólogo, lingüista, cronista, periodista, recurren a la prueba para converserse a sí mismos de la verad de los hechos ocurridos en un pasado inmediato o lejano, pero tambén para convercer a sus lectores y al público de esa verdad; que en el derecho la prueba se utiliza principalmente para convencer a otros –los jueces, funciones de policía o administrativos- cuando se la aduce en un proceso o en ciertas diligencias y también a los particulares, como sucede en los asuntos de estado civil o de titulación de bienes para su comercio, en las relaciones de vecindad o con un fin de prevención de litigios y garantías frente a los demás, así como tener convencimiento personal o seguridad subjetiva sobre los propios derechos, lo que equivale a convencerse así mismo de la verdad o legalidad de ciertos hechos o actos jurídicos. Culmina señalando que […] *Por consiguiente no puede afirmarse que la prueba en derecho tenga finalidad y naturaleza diferentes de las que le corresponde en cualquiera ciencia reconstructiva, y mucho menos que su función sea exclusivamente procesal, pues quizá tiene un uso práctico más frecuente y general en las actividades extraprocesales."* Termina expresando el maestro colombiano que el jurista reconstruye el pasado, para conocer quien tiene la razón en el presente y también para regular con más acierto las conductas futuras de los asociados en nuevas leyes; el historiador lo hace no solo para informar y valorar los hechos pasados, sino para comprender mejor los actuales y calcular los futuros, ubicándose la diferencia en realidad, en las consecuencias del resultado obtenido, pues mientras las del juez o legislador son imperativas, vinculantes, en sus distintas condiciones de concretas –sentencias- o abstractas –leyes- las del historiador y de de las que adelantan actividades

---

[15] Antonio DELLEPIANE. Ob. cit. pp. 15 y 16.

análogas son informativas o polémicas, de libre aceptación, aún cuando ambos recurren a actividades similares y a través de métodos y medios identicos por tratarse de ciencias reconstructivas.[16]

1.2. Noción procesalística de la prueba.

La noción jurídica de la "prueba" como actividad de verificación o comprobación de los hechos "institucionales" con relevancia para el derecho al ser el presupuesto abstracto de las normas jurídicas y que son, precisamente, los hechos que le importan y sirven al Derecho, se presenta como una noción científica del término, que a los efectos de nuestro trabajo, lo ubicamos en la ciencia procesal en el marco de un proceso judicial, donde el término prueba también se presenta como un instituto que sirve para la verificación o comprobación de los hechos pasados que tienen relevancia jurídica en el presente, previamente investigados –no solo a través de los actos de investigación en el proceso penal, sino también en el marco del proceso civil en general, cuya función compete no a un órgano de Estado, como el Ministerio Público y los órganos de investigación, sino a las partes privadas y especialmente a los abogados- y afirmados por las partes en sus escritos de demanda y contestación, acusación y defensa y que sostienen la tesis o hipótesis aceptable, comprobable y eventulmente no refutable de alguna de las partes. Estos hechos pasados que pueden catalogarse como "brutos", vale decir, sin relevancia para el Derecho, pueden conducir a la producción de consecuencias jurídicas conforme al ordenamiento correspondiente al producirse su "institucionalización", para lo cual luego de su investigación por los sujetos interesados, son afirmados en el proceso judicial, que como tal se presenta como de carácter cognoscitivo, de conocimiento de esa afirmación fáctica ahora "institucional" que se realiza por ser el presupuesto de la norma jurídica que consagra una consecuencia pretendida por alguna de las partes; pero en ese proceso dialéctivo y contradictorio ante la versión generalmente antagonista de las partes en la demanda, contestación, acusación o defensa, la noción científica de la prueba permitirá conducir al convencimiento judicial traducido en "certeza" no ausente de error –verdad relativizada según las afirmaciones de hecho institucionales y las fuentes probatorias aportadas a través de los medios- más allá de toda duda razonable que sea capaz, por ejemplo en el proceso penal -y disciplinario del cual se nutre- de destruir la presunción de inocencia como derecho humano y constitucional, mediante la comprobación o verificación de aquellas afirmaciones a través de la comparación entre los enunciados –afirmaciones- y las fuentes aportadas por los medios y conforme a los procedimientos legales en el marco de un debido proceso.

[16] Hernando DEVIS ECHANDÍA. Ob. cit. pp. 10 y 11.

Lo afirmado nos permite observar que la noción de prueba no solo es aplicable al campo jurídico sino concretamente al campo procesal o judicial, sirviendo como comprobación, verificación o corroboración de los hechos afirmados o enunciados en las diveras pretensiones de los sujetos procesales, de manera que cuando la prueba es adoptada en la ciencia procesal, concretamente, cuando la noción se ubica en la ciencia en cuestión para la verificación de enunciados fácticos con relevancia jurídica –hechos institucionales y determinados valorativamente por el legislador- estamos en presencia de una noción procesal del término "prueba".

Pero y aún ubicándonos en una noción procesalística de la prueba, el problema surge en cuanto a lo que debe entenderse por prueba procesal, a la forma cómo puede definirse la prueba en su noción procesalística, pues también aquí el concepto es polisémico e hipertrofiado, al concebirse como fuente, medio o instrumento, actividad, acto de investigación, probática, razón o argumento entre otras situaciones que dependiendo del elemento o valor a que se refiere en cada caso, se podrán perfilar y ofrecer diversas definiciones sobre la mentada "prueba". Lo cierto es que para poder acercarnos a una definición satisfactoria de "prueba" que dibuje una verdadera noción procesal, resulta necesario descartar lo que no debe entenderse por prueba según sus diversas acepciones dentro del mundo procesal, lo que nos permitirá concluir que la "prueba" es una actividad exclusiva del judicante, de convencimiento judicial traducido en certeza, conforme a la verificación de los enunciados fácticos afirmados por las partes mediante una comparación con las fuentes que puedan aportarse conforme a la actividad de las partes y eventualmente oficiosa del órgano jurisdiccional, según los medios que se alleguen conforme a los procedimientos estipulados en el marco de un debido proceso, pues el proceso judicial no es más que un proceso cognoscitivo, de conocimiento acerca de la "verdad" relativizada de los hechos afirmados por las partes y que tienen relevancia jurídica al servir para la toma de aquella decisión judicial vinculante para los sujetos procesales y eventualmente extensible a otros –casos de derechos colectivos y difusos- de reconstrucción de esas afirmaciones con relevancia jurídica, conforme a los métodos científicos y aceptables.

La ubicación y precisión de la noción procesal del término "prueba", como acto de verificación de los enunciados fácticos que sostienen las diferentes pretensiones de las partes, cuya finalidad es el convecimiento judicial traducido en certeza, esto es, ausencia de toda duda razonable aunque pueda haber error intrascendente o sin importancia nos permite acercarnos a lo que debe entenderse por prueba, más y como señalamos, es necesario referirnos a las diversas acepciones también ubicados en la ciencia procesal y especialmente debemos diferenciarlo del derecho probatorio, todo lo que haremos en los puntos que siguen.

2. PRUEBA PROCESAL O JUDICIAL Y DERECHO PROBATORIO.

La noción de prueba procesal de utilización judicial para el conveniemiento del *judex*, se ubica necesariamente en el mundo de la ciencia procesal, regido y regulado por normas jurídicas legales y constitucionales, con sujetos, objeto y finalidad específica, que resulta perfectamente ubicable en el marco del derecho probatorio, más éste último no necesariamente se limita a la prueba judicial, pues su aplicación va mas allá del mundo de la ciencia procesal, concretamente del proceso judicial, circunstancia esta que nos obliga a referirnos al "derecho probatorio" para diferenciarlo, si es el caso, de la prueba judicial.

Comencemos este punto con el maestro Antonio ROCHA ALVIRA, quien al tratar el tema nos dice que las "pruebas" no solo se utilizan en el proceso judicial, como parece sugerirlo el calificativo de "judicial", aún cuando allí esté su razón, al estar dirigida al convenimiento del judicante, de manera que ante este fin resulte –indica- lógico denominarla prueba judicial. Argumento que en el campo del derecho penal lo afirmado es inevitable, pues el crimen y el castigo no son susceptibles de discusión ni de transacción entre los particulares, de manera que en este campo la prueba siempre será llevada a la justicia y apreciada por ella; no así en el terreno civil y especialmente el mercantil, donde se permite el arreglo entre las partes y excepcionalmente ante la incapacidad de autocomposición es que se acude al órgano jurisdiccional, caso este último donde señala el maestro colombiano resulta mejor hablar de "prueba en derecho" o "derecho probatorio".[17]

Data venia al ilustre maestro, nos separamos de las afirmaciones enunciadas que pretende escindir el proceso penal y el proceso civil, lo que generalmente la doctrina se basa en el tipo de "verdad" que puede ubicarse y obtenerse en cada proceso, identificando al sistema penal con una verdad verdadera p material y al sistema civil como una verdad relativizada o simplemente formal –procesal- sumado al hecho de tomar en consideración el carácter del proceso, entendido el primero –penal- como público y el segundo como privado, al permitirse la autocomposición y considerar que la finalidad del proceso noe s otro que la solución de intereses subjetivos y privados, diferente al sistema penal donde se busca una decisional racional y razonable que aplica el derecho a los enunciados fácticos alegados y acreditados en el proceso. Lo cierto es que el "proceso" como instituto unitario junto con la "jurisdicción" y la "acción", aunque el procedimiento difiera y esté regido por principios legales y constitucionales diferentes, no conduce a la mutación ni de su naturaleza o carácter, mucho menos de su finalidad. Ambos –procesos penales y civiles- se refieren a un proceso público regido por normas legales y constitucionales irrelajables, de carácter cognoscitivo que busca reconstruir los hechos pasados afirmados por las partes en sus

---

[17] Antonio ROCHA ALVIRA. Ob. cit. pp. 14 y ss.

enunciados de pretensión o excepción contenidas, bien en la acusación y defensa, bien en la demanda o en su contestación, cuya finalidad es alcanzar la Justicia como Valor Superior del ordenamiento jurídico –artículo 2 constitucional- mediante la aplicación de la ley en el caso concreto conforme a los hechos afirmados y demostrados que permiten la convicción judicial.

Afirmamos que la finalidad del proceso judicial es el mismo y su naturaleza no muta por el carácter penal o civil del mismo, aún cuando se reconoce la diferencia de procedimiento y de principios que lo rigen en base al tipo de interés en juego, pero ello no permite concluir que exista una diferencia sustancial que permita expresar que la verdadera noción de prueba judicial se ubica en el proceso penal y que el concepto de derecho probatorio sea propio del sistema civil; por el contrario, la noción de prueba procesal a la que hemos hecho referencia anteriormente, se ubica en el plano del proceso judicial en general, sea cual fuere el tipo de bien tutela, más concretamente, civil o penal, pues en ambos la "prueba" en su concepción procesalística busca la convicción judicial, la certeza de la verdad sobre las afirmaciones hechas por las partes como fundamento de sus pretensiones, que en un Estado Democrático, Social, de Derecho y de Justicia –artículo 2 constitucional- la solución en una sentencia que pueda catalogarse como correcta –como indica TARUFFO-[18] no es la que conduzca ala solución de conflicto subjetivos entre las partes –lo que ROCHA identifica con el proceso civil- sino aquella que sea apropiada y justa, reflejo de los hechos afirmados y probados que conduzcan a la correcta, racional y razonable aplicación de la norma jurídica. Lo dicho nos hace separar de la concepción del maestro colombiano.

Para poder diferenciar la prueba procesal o judicial del derecho probatorio, resulta fundamental preguntarnos: **¿que es el derecho probatorio?**

Siguiendo al maestro BELLO LOZANO diremos que el "derecho probatorio", desde el aspecto objetivo, es la disciplina que estudia las normas reguladoras de las pruebas procesales o judiciales, vale decir, su regulación, principios que la dirigen e informan, forma de aportación al proceso, oportunidad de aportación, impugnación y oposición, materialización, apreciación, valoración y en definitiva, todo lo concerniente a la actividad probatoria –prueba judicial- dentro de la secuela de un proceso jurisdiccional, que tiene por finalidad la convicción judicial acerca de los hechos afirmados por las partes y controvertidos, para establecer en definitiva aquellos que formarán parte de la premisa menor del silogismo judicial –establecimiento de los hechos- que a la postre, serán subsumidos en las normas jurídicas que aplicará el juzgador para resolver la controversia sometida a su consideración, es decir, para crear certeza judicial.[19] De la definición de nuestro antecesor destacamos:

---

[18] Michelle TARUFFO. Ob. cit. pp. 22 y ss.
[19] Humberto BELLO LOZANO. Derecho Probatorio. Tomo I. Editorial Estrados. Caracas, 1979. pp. 1 y ss.

a. El derecho probatorio es la disciplina que estudia las normas reguladoras de las pruebas procesales o judiciales.

b. Las pruebas procesales o judiciales se refieren a aquellas que se aportan al proceso, bien por las partes o traídas oficiosamente por el operador de justicia.

c. Al disciplinar el derecho probatorio lo referente a las pruebas judiciales, contempla todo lo relativo a su regulación, principios, aportación, impugnación y oposición, materialización y apreciación o valoración, para la verificación de los hechos controvertidos afirmados por las partes.

Señala BELLO LOZANO que esta definición de derecho probatorio se refiere únicamente a su sentido *stricto sensu*, ya que en el humano diario del quehacer, surgen un conjunto de fenómenos externos susceptibles de ser demostrados y establecidos en el proceso, a través de medios verificadores de la verdad afrimada por las partes, mediante un razonamiento lógico apelando a los conocimientos científicos o bien haciendo uso de la experiencia –máximas de experiencia- por lo que la cuestión probatoria no solo se limita al debate jurídico, pues su campo de aplicación –como lo venimos expresando- es mucho mas amplio –metajurídico, extraprocesal- teniendo carácter universal y ordinario o vulgar presenta en la vida del ser humano desde que nace hasta que muere, pero en el campo de lo jurídico, cuando se busca la fijación o establecimiento de los hechos afirmados por las partes para la construcción de la cuestión fáctica que conduzca al convencimieto judicial, con la subsiguiente aplicación de la norma jurídica para producir el efecto jurídico perseguido en las pretensiones –demanda-contestación, acusación-defensa-el derecho probatorio y especialmente la prueba judicial, es de vital importancia.

Diremos que el “derecho probatorio” está representado por el conjunto de normas jurídicas, principios e instituciones que regulan no solo el tema de la prueba judicial o procesal, sino la extrajudicial o extraprocesal, siendo un concepto más amplio que la noción de prueba judicial cuyo ámbito de aplicación es exclusivamente procesal y dirigido al judicante. El “derecho probatorio” comprende, además de las reglas de la prueba judicial, la actividad probatoria extraprocesal, las pruebas extrajudiciales, su regulación y construcción, la preconstitución y el aseguramiento de la fuente probatoria, éste última –fuente- como logar, cosa o persona donde el hecho pasado que puede tener relevancia jurídicia y procesal queda estampado,[20] así como la probática[21] y la heurística –investigación de los hechos- por lo que y

---

[20] Debe entederse por “estampación” la grabación, huella o impresión que deja el hecho histórico en algún punto o puntos del medio físico donde se produce. Lluís MUÑOZ SABATÉ. Curso de Probática Judicial. Editorial La Ley. ESADE Facultad de Derecho Universidad Ramón Llull de Barcelona. Instituto de Probática y Derecho Probatorio. España, 2009. p. 200.

[21] El término probática proviene de responde a la combinación de la palabra “prueba” con la expresión griega “tekhné” –arte o técnica-. Probática es la ciencia aplicada a la prueba de los hechos en el proceso, concretamente a la afirmación sobre los hechos, que comprende la actividad del litigante en la búsqueda de los hechosm su

siguiendo a MUÑOZ SABATÉ diremos que el derecho probatorio comprenderá tanto a la prueba judicial como extrajudicial, como a la probática.

Es en el "derecho probatorio" donde cabe un concepto amplio de prueba cuya noción comprenda no solo la judicial, sina la extrajudicial y la probática, pues en el campo de la prueba judicial, la prueba extrajudicial es ajena, no así la probática que puede ubicarse tanto en el campo de la investigación pre-proceso, como en el ámbito del proceso ya instaurado, situación ésta que nos permite afirmar que la noción del "derecho probatorio" es más amplia que la prueba procesal o judicial limitada al ámbito netamente del proceso judicial, la cual queda incluso ubica en aquel concepto mayor. El derecho probatorio permite la inclusión de del derecho sustancial y procesal probatorio.

Diferenciando el derecho probatorio de la prueba judicial, expone el maestro colombiano Hernando DEVIS ECHANDÍA, que las "pruebas judiciales" se refieren al conjunto de reglas que regulan la admisión, producción, asunción y valoración de los diversos medios que pueden emplearse para llevar al juez la convicción sobre los hechos que interesan al proceso; en tanto que en el sentido estricto, por "derecho probatorio" se entiende una materia más amplia, de la cual forman parte las pruebas judiciales, pero que comprenden en general "la verificación social de hechos", es decir, la prueba en sus múltiples manifestaciones en el campo del derecho, tanto procesal como extraprocesal, esto último a lo que MUÑOZ SABATÉ identifica como probática; aduce que es en el "derecho probatorio" donde puede separarse la parte procesal o sustancial de esta rama del derecho, lo que no ocurre en las "pruebas judiciales", cuya denominación misma excluye la posibilidad de negarles un carácter puramente procesal.[22]

Por su parte SENTIS MELENDO nos dice que el derecho probatorio parecería ser la rama que se ocupa de las pruebas jurídicamente contempladas, lo cual no es así, pues "Derecho" y "probatorio", son sustantivo y adjetivo terminológicamente antagónicos, ello basado en que la prueba es libertad y en

---

tpecnica de incorpación al proceso y debate. Es la ciencia aplicada al arte de probar, que involucra a las partes y al judicante, éste último como destinatario de la actividad probática. Así en el marco del proceso penal, la probática podemos ubicarla en la investigación, en los actos de investigación, lo que no conduce a inferir que ello escapa el campo civil en general, con la diferencia que en uno y en otro estadio el sujeto difiere, así en el penal se encuentra en cabeza del órgano investigador –Ministerio Público y oórganos de policía judicial- y en lo civil en cabeza de las particulares interesados y especialmente en el abogado; pero igualmente la probática puede esta ren cabeza del judicnate, cuando éste trata de verificar los hechos afirmados por las partes a través de su actividad oficiosa. Así por "actividad probática" debe entenderse el proceso operativo, físico o mental que desarrolla cualquier sujeto, generalmente institucionalizado –abogado, fiscal, detective, policía- con la finalidad de investigar y/o probar un hecho de interés para un proceso judicial en preparación o ya activo.p. 16 y ss. Lluís MUÑOZ SABATÉ. Ob. cit. pp 16 y ss. Puede verse igualmente del mismo autor Introducción a la Probática. Editorial J.M Bosch. Serie Manuales y Monografías. Barcelona, 2007. Técnica Probatoria. Estudios sobre las dificultades de prueba en el proceso. Editorial Praxis S.A. Barcelona 1983. Tratado de Probática Judicial. Editorial J.M Bosch. Barcelona, 1992.

[22] Hernando DEVIS ECHANDÍA. Ob. cit. T.I. pp 15 y ss.

el momento en que el Derecho intenta someterla a normas rígidas, deja de ser prueba, para convertirse, si no en su caricatura, en algo que ya no es prueba; que el absurdo mayor, la incongruencia más terminante, se manifiesta en esa construcción que se denomina "prueba legal", ya por el hecho de ser legal no es prueba, siendo eso es lo que ocurre, en general con el derecho de las pruebas. Aduce el maestro que […] *estudiar pruebas es defender la prueba contra el derecho y, sobre todo, contra el procedimiento, es la lucha del proceso contra el procedimiento; de la justicia contra el derecho; de la realidad contra la mera certeza. Manejar los conceptos jurídicos y las normas jurídicas de tal manera que no asfixien al hecho; que la norma, el derecho (el deber ser), no ahogue a la realidad, al hecho (el ser). El hecho frente al derecho. Lo a-jurídico, o no jurídico, frente a lo jurídico. Lo no procesal y lo antiprocesal frente a lo procesal. Evitar que el procedimiento desnaturalice o anule el proceso. Si del hecho nace el derecho, no hay otro derecho que más que el probatorio nazca del hecho."*[23]

El profesor venezolano Gabriel CABRERA IBARRA al tratar este punto bajo el título de "El derecho probatorio y las interrogantes fundamentales sobre las pruebas", nos dirá que […] *En relación con el derecho probatorio o "pruebas", como comúnmente suele denominársele en varias Facultades de Derecho, resultará sumamente útil aclarar que se trata del conjunto de normas jurídicas que regulan la actividad probatoria de los particulares con ocasión de un negocio jurídico, y por tanto con carácter extraprocesal, o bien con ocasión de un proceso jurisdiccional con el objeto de hacer constar la veracidad o falsedad de determinada circunstancia fáctica. Resulta usual hacer referencia al "derecho probatorio", a las "pruebas", a las "pruebas legales", a las "pruebas judiciales", siendo la primera y la última las denominaciones más utilizadas por la doctrina, mientras que la segunda y la tercera suelen ser las denominaciones más usadas en el lenguaje común u ordinario."*[24]

De lo dicho y luego de pasearnos por los comentarios doctrinarios, simplemente tenemos que precisar la diferencia entre los conceptos estudiados, entendiendo que el derecho probatorio es un concepto mucho más amplio que la prueba judicial, que comprende la actividad probatoria extraprocesal o extrajudicial y la probática, comprendiendo también las normas que regulan la prueba judicial.

Es así como en el campo de la ciencia procesal y concretamente del proceso judicial, previa la heurística o investigación de los hechos brutos, estos deben ser afirmados o enunciados de manera institucional conforme a la determinación normativa, con miras a la obtención de una consecuencia jurídica determinada, cumpliéndose así con el *onus explanandi* que en el marco del principio dispositivo y de congruencia competen a las partes y limitan al judicante; pero ante las versiones antagonistas según la dialéctica procesal –demanda y contestación, acusación y defensa- cada parte tiene la carga probatoria de aportar las fuentes probatorias que servirán para verificar sus afirmaciones mediante la comparación en

---

[23] Santiago SENTIS MELENDO. OPb. Cit. pp. 336 y ss.
[24] Gabriel Alfredo CABRERA IBARRA. Derecho Probatorio. Compendio. Editorial Vadell hermano. Caracas, 2012. p. 103.

busca del convencimiento judicial, utilizando los procedimientos y medios probatorios legales, pertinentes, lícitos y permitidos en el marco del proceso legal y constitucional, con el debido respeto al contradictorio, inmediación y publicidad como principios rectores –no hipervalorados- todo lo que en definitiva se ubica en el derecho probatorio que abarca las normas reguladoras de la prueba judicial. Insistiremos que el "derecho probatorio" no puede confundirse con las "pruebas judiciales", pues el primero se encuentra integrado por los principios jurídicos, contentivo de las normas positivas reguladoras de las pruebas judiciales, exrajudiciales y la probática; en tanto que las "pruebas judiciales", constituyen el instrumento que sirven de verificación de los hechos afirmados por las partes para producir la convicción judicial traducido en certeza, que excluye a la probueba extrajudicial, no así a la probática a la que abarca, a lo que cabe agregar que en el derecho probatorio se ubica la actividad probatroria de las partes, ausente en la prueba judicial, entendida como convicción judicial de los hechos afirmados y confirmados por las partes por comparación, que es una actividad propio y exclusiva del judicante y donde las partes no juegan ningún papel, pues su función no es la del convencimiento judicial, sino la de procurar tal convencimiento en el criterio del juzgador mediante la aportación de las fuentes por conducto de los medios allegados según los procedimientos y actividades permitidas –concepción objetiva de la prueba- de ahí que dentro del concepto de prueba judicial, en puridad de verdad no cabe la actividad de las partes –concepción subjetiva de la prueba, aúnque también en esta concepción se ubica la convicción judicial- lo que sí está comprendido en un concepto mayor de derecho probatorio.

Si queremos expresar en puntos concretos los elementos característicos del "derecho probatorio" diferenciado de la "prueba judicial" tenemos:

a. El "derecho probatorio" es un concepto más amplio que abarca a la "prueba judicial".
b. El "derecho probatorio" abarca la actividad probatoria de las partes, del judicante, la prueba judicial, extrajudicial y la probática.
c. El "derecho probatorio" incluye la heurística o investigación de los hechos para ser afirmados de manera institucional, limitando el tema decidendum del judicante, de manera que la heurística queda vedada al judicante quien debe decidir sobre los hechos afirmados por las partes con interdicción de averiguar los hechos, pues se limita a verificarlos;[25] más concretamente, la heurística es una función que corresponde solo a las partes –demandante, demandado, investigador, acusador, acusado- quienes deben investigar los hechos y luego afirmarlos como fundamentos de sus pretensiones. En el sistema penal es al Ministerio Público a quien corresponde la heurística, averiguar los hechos a través de los actos de

---

[25] Véase a Juan MONTERO AROCA. La Prueba en el Proceso Civil. Segunda Edición. Editorial Civitas. Madrid, 1998. p. 27.

investigación para obtener las fuentes de prueba que puedan conducir eventualmente, existiendo elementos de convicción, a presentar la acusación formal, ofreciendo los medios para trasladar las fuentes al proceso, cuya finalidad será la convicción judicial mediante la verificación de los hechos imputados o acusados, en audiencia oral, pública, contradictoria y con inmediación del juez, que determine la efectiva comisión del hecho acusado, que rompa la presunción de inocencia a través de una prueba de carga que produzca en el juzgador certeza más allá de toda duda razonable.

d. La "prueba judicial" excluye la actividad probatoria extrajudicial y la actividad probatoria de las partes, pues la prueba es una actividad exclusiva del juez cuto fin es la convicción judicial, la certeza de los hechos afirmados por las partes.
e. La "prueba judicial" no excluye la probática.

En este estado del asunto podemos observar que en puridad de verdad la denominación mas idónea o adecuada para el estudio de la ciencia que nos corresponde debe der "Derecho probatorio" y no "pruebas judiciales", ello por el carácter limtativo de éste último concepto, que por antonomasia excluye la prueba extrajudicial y su regulación; no obstante en nuestro tratado aún cuando recibe el nombre de "Derecho probatorio", su mayor extensión lo cubrirá el tema de la "prueba judicial", con algunas referencias a la probática, pero de manera meramente enunciativa o ilustrativa.

Dicho esto estamos en el punto requerido para analizar el tema de la prueba judicial, especialmente su definición, para lo cual se hace necesario referirnos al origen etimológico de la palabra, las deversas acepciones o hipertrofia de su noción procesalística y las diferentes posturas doctrinarias que pretenden definirla según el elemento que se tome en consideración, todo lo que haremos en los puntos que siguen.

3. ETIMOLOGÍA DE LA PALABRA PRUEBA.

Nos enseña el maestro COUTURE que etimológicamente "prueba" viene del latín "*proba*", *-ae* "prueba", postverbal del verbo *probo*, *-are* "probar", denominativo de *probus*, *-a*, *-um*. Adjetivo que significa originalmente "que marcha recto", después "bueno, honesto, probo". El verbo *probare*, por lo tanto, significaba "encontrar bueno", de donde "aprobar, probar" y también "demostrar". En francés *Preuve*; italiano *prova*; en portugués *prova*; en inglés *proof*, evidence; en alemán *beweis*.

Definiendo prueba en general, dícese de todo aquello que sirve para averiguar un hecho, yendo de lo conocido hacia lo desconocido; forma de verificación de la exactitud o error de una proposición; conjunto de actuciones realizadas en juicio, con el objeto de demostrar la verdad o falsedad de las

manifestaciones formuladas en el mismo; medios de evidencia, tales como documentos, testigos, entre otros, que crean al juez la convicción necesaria para admitir como ciertas o rechazar como falsas las proposiciones formuladas en el juicio.[26]

OSSORIO por su parte nos dice que prueba es el conjunto de actuaciones que dentro de un juicio, cualquiera sea su índole, se encaminan a demostrar la verdad o la falsedad de los hechos audicdos por cada una de las partes, en defensa de sus respctivas pretensiones litigiosas. Prueba es toda razón o argumento para demostrar la verdad o la falsedad en cualquier esfera o asunto.[27]

SENTIS MELENDO se refiere a que en sentido idiomático es difícil, quizas imposible llegar a entender la institución si la palabra que la representa no es la adecuada para ello o tiene múltiples significados, o si bien en esa palabra no nos hemos detenido para aclarar y desentrañar su contenido idiomático, su valor semántico. Que "prueba" como la mayoría de las voces, llega a nestro idioma procedente del latín, en el cual, *probatio*, *probationis*, lo mismo que el verbo correspondiente –*probo*, *probas*, *probare*- vienen de *probus*, que quiere decir bueno, correcto, auténtico, que responde a la realidad, siendo esta y no otra la verdadera significación del sustantivo *probo* y del verbo probar: verificación o demostración de autenticidad.[28]

4. LA PRUEBA JUDICIAL. Acepciones o carácter polifacético. Hipertrofia del concepto de pruebas judiciales.

La noción científica de la prueba tiene ubicación en la ciencia jurídica y especialmente en el ámbito procesal, donde juega un papel fundamental al momento de pronunciar la sentencia vinculante entre las partes y cuyos efectos eventualmente pueden extenderse a terceros; más correctamente la prueba sirve al judicante para la convicción judicial, para la certeza acerca de los hechos afirmados por las partes. Pero generalmente se suele hipertrofiar el concepto o la noción dependiendo del carácter que se le asigne al término prueba, pues en forma indistinta es tomado para significar a la fuente, a los medios, a la actividad de partes y del organo jurisdiccional, a la probática, se confunde con los actos de investigación, se utiliza como razón o argumento de convicción judicial, como razón demostrativa de la verdad de los hechos o de las afirmaciones de los hechos, como procedimientos para la producción de la prueba, lo que en definitiva permite observar una interpretación y utilización hirpetrofiada del término –prueba judicia-

---

[26] Eduardo J. COUTURE. Vocabulario Jurídico. Editorial Depalma. Buenos Aires, 1976. pp. 490 y 491.
[27] Manuel OSSORIO Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales. Editorial Heliasta S.R.L. Argentina, 1978. p. 625
[28] Santiago SENTIS MELENDO. Ob. cit. pp. 33 y 34.

motivado a sus diferentes acepciones, que nos obligan a estudiar cada uno de estos aspectos para en definitiva perfilar un concepto idónea de prueba judicial.

En este sentido ALSINA nos dice que en su acepción lógica “probar” es demostrar la verdad de una proposición, pero que en el significado corriente expresa una operación mental de comparación; que desde este punto de vista la prueba judicial es confrontación de la versión de cada una de las partes con los medios producidos para abonarla. Aduce que en la técnica procesal la palabra “prueba” tiene otras acepciones, utilizandose a veces para designar los distintos medios probatorios o elementos de juicio ofrecidos por las partes o recoidas por el juez en el curso de la instrucción, hablándose así de prueba testimonial, instrumental, inspección judicial entre otras; que otras veces se utiliza para referise a la acción de probar, deciéndose entonces que al actor corresponde la prueba de su demanda o al demandado de sus defensas –correctamente de las afirmaciones que de los hechos se hace en la demanda o contestación, igual que en la acusación y en la defensa-; que también se utiliza para designar el estado de espíritu producido en el juez por los medios aportados y en este sentido un hecho se considera o no probado según que los elementos de juicio sean o no considerados suficientemente para formar la convicción de aquél, pues las partes pueden haber producido en los autos abundante prueba sin lograr la convicción judicial.[29] Así tenemos que el maestro argentino se refiere a las diversas acepciones del término prueba –judicial- como: a. Como medio; b. Como fente; c. Como actividad probatoria de las partes; d. Como resultado para crear convicción judicial.

Lino Enrique PALACIO, nos dice que la palabra prueba en sentido lato, tiene en el lenguaje procesal tres significados fundamentales a saber: a. Desde un primer punto de vista, como actividad que se despliega durante el transcurso del proceso por obra de las partes y del órgano jurisdiccional, que tiende genéricamente, al logro de la finalidad de convicción judicial; b. Como mecanismo, modos u operaciones –medios de prueba- del que se extraen, por conducto de la fuente que proporcionan, las razones generadoras de la convicción judicial; y c. Finalmente como el hecho mismo de la convicción judicial, es decir, el resultado de aquella actividad.[30]

Lo propio hace KIELMANOVICH al decirnos que el concepto de prueba judicial resulta no unívoco, al comprender generalmente el resultado de la actividad de las partes, incluso por el propio juez para la demostración de los hechos; las fuentes a partir de las cuales se extrae el conocimiento para intentar alcanzar aquella comprobación; y la activiad procedimental o medio paea su producción.[31]

---

[29] Hugo ALSINA. Ob. cit. T. III. p. 224. Puede verse igualmente a Heliodoro FIERRO-MENDEZ. La Prueba en el Derecho Penal. Sistema Acusatorio. Editorial Leyer. Bogotá, 2006. pp. 51 y ss, y en La Prueba Ilícita e Ilegal. Efectos Jurídicos en el Proceso Penal. Editorial Leyer. Bogotá, 2010. pp. 34 y ss.

[30] Lino Enrique PALACIO. pp. 330 y ss.

[31] Jorge KIELMANOVICH. Teoría de la Prueba y Medios de Probatorios. Edirtorial Abeledo-Perrot. Buenos Aires, 1996.Pp. 18 y 19.

JAUCHEN, trata el tema conceptuando en cada momento a la prueba judicial, el medio de prueba y las fuentes de prueba. Así expresa que […] *El vocablo prueba tiene varias acepciones, incluso denteo del mismo Derecho Procesal. Se utiliza como "medio de prueba" para indicar los diferentes elementos de juicio con los que cuenta en defnitiva el magisrado para resolver la causa, hayan sido éstos introducidos al juicio oficiosamente o por producción de parte. Se denomina con el término también a la "acción de probar" como aquella actividad que deben desplegar las partes y a menudo el mismo órgano jurisdiccional, tendiente a acreditar la existencia de los hechos que afirman y sobre los cuales sustentan sus pretensiones, o bien en cumplimiento de obligaciones funcionales como serán las de investigación integral en el proceso penal referente al imperativo de búsqueda de la verdad real y al que están impelidos el órgano requirente y el decidor. Con el vocablo se denomina además a lo "probado*", *para indicar el fenómeno psicológico o estado de conocimiento producido en el juez por los distintos elementos producidos en el proceso*",[32] grados de conocimiento que pueden ir desde la verosimilitud, a la probabilidad, para llegar a la certeza, sin descartar la duda y el error.

El maestro CHIOVENDA indica que resulta conveniente distinguir entre "motivos" de prueba, los "medios" de prieba y los "procedimientos" probatorios, entendiendo por el primero las razones que producen, inmediatamente o no, el convencimiento judicial; por "medios" de prueba, ha de entenderse las "fuentes" de que el juez extrae los motivos de prueba, colocando como ejemplo la persona del testigo, los lugares inpeccionados; y por "procedimiento" probatorio los complejos de las actividades necesartias para poner al juez en comunicación con los medios de prueba o para aclarar la entindibilidad de una prueba. Luego agrega que […] *Los motivos de prueba pueden consistir en la observación personal del juez o en las observaciones de otras personas, que se las refiere al juez; o bien en la operación lógica en virtud de la cual a través de un hecho conocido se llega a un heco desconocido; por ello se habla de prueba histórica (o directa) o de prueba lógica (o indirecta)."*[33] Nos interesa destacar del maestro italiano, no tanto la conceptuación de cada acepción de "prueba" sino la existencia como tal de varias acepciones, especialmente cuando observamos una no clara definición de cada caso, especialmente respecto a los motivos y a los medios que tiende a confundir con las fuentes.

DEVIS ECHANDÍA, nos indica que la noción de prueba judicial tiene un significado polisémico, polifacético señalando seis puntos de vista enconrados en los diferentes autores que han tratado el tema procesal general y la prueba en particular para elaborar el concepto de prueba, a saber: a. Con BENTHAM se refiere a un sentido amplio, como un hecho supuestamente verdadero que se presume debe servir como motivo de credibilidad sobre la existencia o inexistencia de otro hecho, vale

---

[32] Eduardo M., JAUCHEN. Tratado de la Prueba en Materia Penal. Editorial Rubinzal-Culzoni. Buenos Aires, 2006. pp.

[33] Guiseppe CHIOVENDA. Instituciones de Derecho Procesal. Volumen III. Las Relaciones Procesales (Continuación). Traducción de E. Gómez Orbajena y Rafael Greco. Ediciones Valletta. Buenos Aires, 2005. pp.163 y ss. Igualmente en Principio de Derecho Procesal Civil. Tomo II. Ediciones Reus S.A., Madridm 2000. pp. 280 y ss.

decir, que se restringe la noción de prueba a los hechos que sirven de prueba a otros hechos, lo que se presenta en la prueba por indicios, o con poco más amplitud, a los "objetos"que sirven de prueba, en los cuales cabría el documento; b. En sentido más general, pero desde el punto de vista también objetivo, dice que suele hablarse con mayor frecuencia de que es prueba judicial, todo "medio" que sirve para conocer cualquier cosa o hecho, con lo cual se incluyen los "hechos" y los "objetos" y también actividades como inspección judicial, dictamen de peritos, declaración de terceros y confesión, vale decir, la totalidad de los "medios" probatorios que sirven de conducto para el conocimiento del juez sobre la cuestión debatida; c. Desde el punto de vista subjetivo opuesto a los objetivos, se considera a la prueba por el aspecto de su resultado, de la convicción judicial que con ella se produce en la mente del judicante sobre la verdad o falsedad de los hechos afirmados por las partes; d. Como consecuencia de la combinación de la visión objetiva y subjetiva, da como resultancia la prueba como conjunto de motivos o razones que sumiistran el conocimiento de los hechos, para los fines del proceso, que de los medios aprotados se deducen, de manera que en este punto se enremezclan la actividad o visión objetiva del medio de prueba que aporta el conocimiento de la verdad afirmada por las partes y el convencimiento judicial que de ellas obtiene el judicante; f. Desde un punto de vista objetivo que no mira al medio o hecho que sirve para probar, sino a la cosa o hecho, acto que se quiere probar, se habla de prueba identificándola erradamente con la materia que debe probarse o el objeto de la prueba; y g. Por último se habla de prueba como actividad de comprobación de los sujetos procesales o de terceros y el procedimiento en que se desarrolla la prueba. El maestro colombiano luego de este análisis extraído de las diferentes definiciones que los autores han dado sobre la prueba, siguiendo a FLORIAN señala que las acepciones enunciadas puede resumirse en tres a saber: a. Su manifestación formal, que tratan a la prueba como medios para la aportación de la convicción judicial; b.Su contenido sustancial o esencial, referido a las razones o argumentos que de los medios probatorios se deducen a favor de la existencia, verdad o falsedad de los hechos afirmados por las partes; y c. Su resultado subjetivo, referido al convencimiento judicial que se produce en la mente del judicante.[34]

Dicho esto y luego de pasearnos por la doctrina, pasemos al analisis pormenorizdo de diversas acepciones del concepto o noción de prueba judicial.

4.1. Prueba como fuente.

[34] Hernando DEVIS ECHANDIA. Ob. cit. T.I. pp 20 y ss.

Partamos de la premisa que y como concluiremos, **la "prueba judicial"** *es una actividad exclusivamente del judicante y como consecuencia de ellos procesal, posterior a la heurística o investigación de los hechos brutos pasados u ocurridos, que aún preexistiendo en el presente que pueden tener significación probatoria, consistente en la verificación o comprobación de la exactitud, verdad o falsedad de los hechos enunciados o afirmados por las partes como fundamento de sus pretensiones –demanda, contestación, acusación o defensa- como hechos institucionales, mediante la comparación con las "fuentes" trasladadas al proceso por la "actividad" de las partes o allegados por el judicante mediante su actividad oficiosa, a través de los "medios" legales y permitidos en el marco de un debido proceso, regido por principios de contradicción, publicidad e inmediación, conforme a los "procedimientos" establecidos, para crear la "convicción" judicial, vale decir, la certeza no exenta de error.* Probar, dice CARNELUTTI, significa demostrar la verdad de una proposición afirmada, incluso señala, que probar más que demostrar la verdad de los hechos discutidos en el proceso, es determinar o fijar formalmene los hechos mismos mediante un procedimiento determinado; define la prueba como […] *demostración de la verdad de un hecho realizado por los medios legales (por modos legítimos) o más brevemente, demostración de la verdad legal de un hecho."*[35]

En este sentido no puede confundir la prueba como típica actividad procesal y del judicante, con su "fuente", que en realidad se refiere a un concepto metaurídico, extrajurídico o extra-procesal que no corresponde al judicante tal y como lo explicaremos de seguidas. De hecho cuando el propio CARNELUTTI se refiere a la "fuente" de prueba indica que se trata de los hechos que sirven para la deducción del hecho a probar y que éstan constituidos por la representación de éste.[36]

La "fuente" de prueba dice JAUCHEN, es el "hecho" que, conocido en el proceso por medio de pruebas, le sirven al juzgdor para llegar al hecho que se quiere probar y que constituye objeto de prueba. Agrega que para ello resulta menester que el jude realice una deducción mental desde el hecho percibido que sirve de fuente, para llegar a conocer lo que se desea, de manera que los distintos "medios" –testigos, confesiones, pericia, documental- le hacen llegar al juzgador los hechos –fuentes- de los cuales puede deducir los hechos a probar; comprobación que será a veces indirecta cuando el judicante llegue a conocer el hecho objeto de prueba mediante una operación mental –como el caso de indicio- o bien directa cuando el medio de prueba produzc el hecho mismo que se desea probar –documentos, testimonio, confesión.-[37] De lo anotado observamos que la noción de "fuente" se identifica con el hecho bruto ocurrido ants y extraproceso, que pretende reconstruirse para la convicción judicial, aportado al

---

[35] Francesco CARNELUTTI. La Prueba Civil. Traducción de Niceto Alcalá-Zamora y Castillo. Ediciones Depalma. Buenos Aires, 1982. pp. 43 y 44.
[36] Francesco CARNELUTTI. Ob. cit. pp. 90 y ss.
[37] Eduardo M. JAUCHEN. Ob. cit. p. 32.

mismo –proceso- a través de los mediosy que servirán al judicante para comparar los mismos con la afirmación fáctica del hecho institucional argumentado por las partes.

SENTIS MELENDO extrae del pensamiento carneluttiano la denominación de "fuentes" como elementos que existen en la realidad, diferenciado de los "medios" que están constituidos por la actividad para incorporarlos al proceso, no entratándose de una operación mental, sino de una actividad física y material, siendo la operación mental na actividad posterior del proceso probatorio, una actividad intelectiva y valorativa; que la "fuente" tendrá este carácter, determine o no la convicción judidicial y dice [...] *ofrecemos pruebas, que son fuentes, solicitando que se practiquen medios."* Define el maestro la "fuente" de prueba de la siguiente manera: [...] *un concepto metajurídico, extajurírico o a-jurídico, a que corresponde forzosamente a una realidad anterior y extraña al proceso; mientras que medio es un concepto jurídico absolutamente procesal. La fuente existirá con independencia de que se siga o no el proceso, aunque mientras no se llegue a él su existencia carezca de repercusiones jurídicas; el medio macerá y se formará en el proceso. Buscamos las fuentes; y cuando las tenemos, proponemos los medios para incorporarlos al proceso.*[38] Observemos de lo dicho por el maestro, que la noción de fuente se identifica con el hecho mismo, el que TARUFFO denomina "hecho bruto", metajurídico, extrajurídico, más aún, extraprocesal, que existe antes del proceso y con independencia de los mismos, que sirven para la comparación con los hechos afirmados o enunciados por las partes como fundamento de sus petensiones, allegados al proceso por conducto de los "medios" que en sí es una actividad netamente procesal; la fuente se identifica con el hecho mismo pasado y que pretende acreditarse en el proceso, cuyo conocimiento quiere ser llegado al juzgdor para crear su convicción judicial respecto a los enunciados expuestos por las partes en pro de un resultado jurídico pretendido.

MIRANDA ESTRAMPES comenta respecto al confucionismo terminológico existente en la doctrina procesal al equparar los conceptos de de "medios" de prueb y "fuentes", cuya diferenciación –explica- permite comprender con mayor claridad y precisión el complejo fenómeno probatorio. Expresa que las "fuentes" de prueba no son aquellas operaciones mentales de las que se obtiene la convicción judicial como lo conceptuó GUASP, quien confunde "fuentes" de prueba con "valoración" de pruebas, sino que las mismas son elementos de la realidad, que existen indepedientemente del proceso y son anteriores al mismo, en tratándose de un concepto metajurídico que solo producirá consecuencia jurídicas cuando el proceso se inicie. Respecto a los "medios" de prueba indica, que son aquellos que solo existen en el proceso, su nacimiento depend del propio proceso, consistiendo en la actiatiad procesal que es preciso desplegar para incorporar la fuente al proceso; se trata de en definitiva de un concepto netamente procesal.[39]

---

[38] Santiago SENTIS MELENDO. Ob. cit. pp. 150 y ss. También en la pp. 338 y ss.
[39] Manuel MIRANDA ESTRAMPES. Ob. cit. pp. 133 y ss.

Dice MONTERO AROCA al estudiar el concepto de "fuente" de prueba, que se refiere a un concepto extrajurídico, a na realidad anterior al proceso, a diferencia de lo que ocurre con el "medio" de prueba que obedece a un concepto jurídico y más aun procesal, que solo existe en el ámbito procesal naciendo y desarrollándose en él. Señala que las "fuentes" de prueba son elementos que existen en la realidad, anteriores e independientes del proceso, en tanto que los "medios" consisten en actividades que deben desplegarse en el proceso para incorporar las fuentes, dependientes y concomitantes con el proceso.[40]

El mismo SENTIS MELENDO luego de afirmar que todas las pruebas -todos los elementos probatorios- son preexistentes –y en algunos casos preconstituidos- como fuentes, se refiere a ejemplos que diferencian la "fuente" y el "medio" de prueba, lo que idénticamente hace MONTERO AROCA, a saber:

a. Respecto a la prueba documental o instrmental, el documento o instrumento es la prueba preconstituida por excelencia, pero ningún valor tendría si no se aporta al proceso utilizando los "medios" adecuados. A este respecto y en cuanto a la prueba **documental e instrumental** somos del criterio que la "fuente" está constituida por el hecho bruto estampado en los mismos, contenido en ellos, que servirán para corroborar la afirmación o ennaciado plasmado por alguna de las partes mediante su comparación, de manera que le "medio" será el vehículo o instrumento como ingresa la fuente documental en general al proceso, sea mediante instrumentos públicos negociales o administrativos, privados simples o reconocidos; también mediante cualquier otra forma que pueda adopar la prueba documentall capaz de almacenar palabras, imágenes, sonidos preexistentes al proceso y que tienen relevancia en el mismo, como pudiera ser DVD, VCD, CD, MP3, IPOD, IPAD, videos, en general a través de medios electrónicos. Nos servirá para apreciar y diferenciar la "fuente" del "medio" a través de la diferenciación entre contenido y continente.
b. Respecto a la prueba **testimonial** dice el autor en comento que el testigo y sus conocimientos antes del proceso son la "fuente" en tanto la declaración o testimonio como tal será el "medio" de llevar al proceso ese conocimiento que sobre los hechos debatidos tiene el testigo. Observemos que aquí en un mismo sujeto se confunde "fuente" y "medio", pero inmediatamente existe una gran diferencia entre el conocimiento tenido por el testigo y su declaración como medio de trasladar el hecho percibido y estampado en su mente.

---

[40] Juan MONTERO AROCA, Juan Luís GÓMEZ COLOMER, Alberto MONTÓN REDONDO y Silvia BARONA VILAR. Derecho Jurisdiccional II. Proceso Civil. 17ª edición. Editorial Tirant lo Blanch. Valencia, 2009. pp. 268 y ss. Igualmente en Juan MONTERO AROCA. La Prueba en el Proceso Civil. Segunda Edición. Editorial Civitas. Madrid, 1998. pp. 70 y ss.

c. Igual que el punto anterior se produce en la prueba de **confesión**, donde el conocimiento de la parte sobre los hechos propios, personales o de los cuales simplemente tenga conocimiento anteriores al proceso, son la "fuente", entendiéndose por el medio la declaración propiamente dicha de la parte al reconocer voluntaria o provocadamente el hecho contrario a sus intereses.

d. En la prueba **pericial** encontramos que la "fuente" vendrá representada por el conocimiento científico, artístico o especializado del cual está dotado el experto antes del proceso, presentándose como el "medio" el juicio de valor que emiten respecto a los hechos controvertidos que caen bajo su pericia. También puede decirse con SENTIS MELENDO, que los hechos sobre los cuales se requiere la emisión de un juicio de valor por el experto, preexistentes al proceso, son la "fuente", siendo el dictamen el "medio".

e. Respecto a la prueba de **inspección judicial**, tenemos que la "fuente" anterior al proceso e independiente de él, estará constituido por el lugar, la persona, la cosa u objeto donde está estampado el hecho bruto, en tando que el "medio" será la percepción del judicante, la diligencia de reconocimiento.

f. En el **indicio**, la "fuente" estará contenida en la cosa, huella, vestigio que representa el hecho indicante anterior al proceso, en tanto que el "medio" será el instrumento como se allega al proceso ese hecho indicante. Luego ni el hecho indicado ni la presunción legal u *hominis* que relaciona ambos hechos se ubican en conceptos de fuente o medio.

La "fuente" de prueba para nosotros es el lugar, la cosa, la persona donde el hecho pasado luego de ocurrido queda estampado, independiente del proceso y anterior a él. El "hecho" definido por MUÑOZ SABATÉ como lo sucedido o situado en la naturaleza, tiene como característica fundamental su **"estampación"** y su **"traslación"**,[41] lo primero que es la impresión, grabación o huella que deja el hecho histórico o bruto ocurrido en algún punto o puntos del medio físico donde se produce , pues precisamente la ocurrencia de un hecho siempre deja huellas que quedan estampadas en la mente de personas, en lugares, en cosas; lo segundo –traslatividad- que se refiere a la posibilidad de ser llevado o trasladado al proceso para el conocimiento del juez. Precisamente esa huella, impresión o grabación del hecho, sea en la mente de una persona, en un lugar o una cosa, es la "fuente", preexistente al proceso e independiete de él, más aún, el hecho bruto propiamente dicho o estampado; pero y como hemos indicado, luego de la heurística que corresponde a las partes –actor, demandado, acusador, acusado- respecto a la ocurrente de los hechos, es decir, de la existencia de "fuentes" de prueba, al acudir al proceso y presentar los hechos de manera institucional a través de los enunciados o afirmaciones sobre los mismos, se requiere de una actividad probatoria que permita al judicante conocerlos, verificarlos o

---

[41] Ver también a Manuel MIRANDA ESTRAMPES. Ob. cit. p. 132.

constatarlo para crear el convencimiento judicial –certeza- para lo cual las partes deben desplegar una actividad probática proponiendo los "medios" de prueba legales y pertinentes, incluso lícitos conforme a los procedimientos establecidos, para llevar precisamente ese conocimiento al judicante quien podrá comprobar la verdad o falsedad de esas afirmaciones mediante la comparación con las fuentes.

Lo dicho nos permite observar que los hechos estampados que se presentan como "fuente" deben llevarse al proceso a través de los "medios" esto último que se refiere a la "traslación" de la fuente al proceso, cuyo fin principal será crear la convicción judicial a través de la actividad del judicante de comparación entre esas "fuentes" y los enunciados de las partes.

Pero **¿Cuál es la importancia de la distinción entre "fuente" y "medio"?**

En general y respecto al proceso civil escrito, no resulta tan esencial la diferenciación, aún cuando no se trata de un mero ejercicio académico, pues muchas veces la fuente se confunde con el medio y son tratados de manera igualitaria, aunque y como dijimos, son conceptos diferenciados; pero el tema cambia de tono cuando nos refimos al proceso oral y especialmente al penal, pues toda la actividad realizada en fase de investigación o preparatoria, vale decir, los actos de investigación no pueden concebirse como prueba, sino como meros actos de preconstitución de "fuentes" que permiten sustentar la acusación, momento en el cual deben ofertarse los "medios" probatorios que se utilizarán para llevar al proceso aquellas fuentes obtenidas y que sirvieron para sustentar la acusación, que servirán ahora para demostrar los hechos afirmados o enunciados en la acusación y romper la membrana de la presunción de inocencia mediante pruebas de carga que vayan más allá de toda duda razonable; "medios" probatorios que solo pueden convertirse en "prueba" en la medida que se realicen en la audiencia oral, en cumplimiento de los principios propios del sistema proceal penal, como la oralidad, contradicción, publicidad e inmediación, pues recordemos que estos actos de investigación, salvo el caso de la anticipación del medio, son realizados antes del proceso, independentemente de él, sin la necesaria presencia del imputado –si lo hay para ese momento- sin la presencia del órgano jurisdiccional que en definitiva juzgará sobre una eventual acusación. Sobre este punto volveremos al tratar los actos de investigación. Lo dicho no es otra cosa que la gran diferenciación en el marco del sistema acusatorio que rige nuestro proceso penal, entre el sujeto investigador y acusador y el sujeto juzgador, el primero que corresponde al Ministerio Público y respecto a la acusación a éste y a la víctima cuando se querella en los casos de delitos de acción público y a la víctima en los casos de delitos de acción privada; respecto al juzgamiento, verificaciónb o convicción, corresponderá al juzgador, de manera que no puede existir en el marco de un debido proceso y conforme a nuestro actual sistema, la confusión en un mismo sujeto respecto a la activiad de investigación, acusación y juzgamiento.

Por bilateralidad o paralelismo entre el proceso penal y el civil oral –trátese del civil propiamente dicho contenido en el Código de Procedimiento Civil, tratese del procedimiento de niños niñas y adolescentes, laboral, contencioso administrativo, marítimo, aeronáutico o constitucional- debemos sostener igualmente que todo lo realizado y aportado antes de la audiencia oral pública de evacuación de pruebas, salvo el caso de la anticipación del medio, será "fuente" que deberá allegarse a través de los "medios" para su debate en audiencia oral con respeto a los principios ya enunciados, solo después de lo cual podrá servir o convertirse en prueba para sostener la convicción judicial. Incluso, un caso especial de actos de investigación para descubrir hechos y fuentes de prueba, puede sostenerse respecto al sistema del discovery contenido en la Ley de Procedimiento Marítimo, cuya finalidad esencial es el descubrimiento de los hechos –fuentes- para sostener las afirmaciones o enunciados de la demanda o de la contestación, lo que permite en el marco de esta legislación especial, la posibilidad de reformar la demanda y la contestación luego de trabada la litis, con ocasión o como consecuencia de la actividad del descubrimiento.[42]

Al respecto BACRE señala que la importancia de la distinción de "fuentes" como "medios" radica en que el juez civil, conforme a las facultades oficiosas o instructorias de las cuales está dotado conforme a la ley, sólo puede ordenar la realización de "medios" probatorios sobre la base de los hechos expuestos por las partes o afirmados en el proceso, para esclarecer los mismos, no estando facultado para buscar fuentes. Trae un ejemplo bien interesante que trascribimos: […] *puede ordenar de oficio la realización de un peritaje, disponer que se practique otra pericia, por el mismo medio u otro perito (arts. 460 y 473), fijar puntos de pericia, etcétera, porque el perito es medio de prueba; en cambio no está facultado para disponer de oficio la declaración de personas que no hayan sido ofrecidas por las partes investigando su existencia fuera del proceso, salvo que hayan sido mencionadas en los escritos constitutivos del proceso o surjan de las constancias del juicio (art. 452), porque el testigo es fuente, y sólo su declaración es medio; por ello es que traída la fuente, el juez puede interrogar libremente a los testigos*." También dice que otra diferencia está referida a la regulación que de ellas hacen las leyes sustanciales y procesales, las primeras que legislan sobre las fuentes, en tanto que las segundas –procesales- regulan los medios.[43]

Concluimos este punto **definiendo** a la **"fuente"** de prueba como *la persona, el lugar, la cosa, el objeto donde el hecho pasado y ocurrido queda estampado, grabado o impreso, que sirve para demostrar el hecho histórico –representación- que debe ser llevado al proceso a través de la actividad procesal y probatoria de las partes, utilizando los*

---

[42] Véase el trabajo de nuestra autoría titulado Sistema de Procedimiento Marítimo. Consideraciones sobre el Procedimiento Marítimo ordinario y oral. Críticas, en Análisis de 10 años de Vigencia de las Leyes Marítimas Venezolanas. Academia de Ciencias Políticas y Sociales y Universidad Central de Venezuela. Serie eventos N° 28. Caracas, 2012. pp. 171 y ss.

[43] Aldo BACRE. Teoría General del Proceso. Tomo III. Ediciones Abeledo-Perrot. Buenos Aires. 1992. p. 83 y ss.

"medios" legales, pertinentes y lícitos –traslatividad- para que sean conocidos por el juez y sirvan para formar la convicción judicial a través de la verificación de los hechos afirmados con su comparación con las fuentes aportadas.

4.2. Prueba como medio.

Una vez que hemos analizado el concepto de prueba como "fuente", se nos hace más fácil abordar el tema de la prueba como "medio", ya que y como se ha dicho en el punto anterior, esos hechos brutos que luego de la heurística pueden tener significación jurídica al poder constituir el supuesto de hecho de la norma contentiva de la hipótesis abstracta, son afirmados o enunciados por las partes como fundamento de sus pretensiones –demanda, contestación, acusación o defensa- con la finalidad de producir un determinado efecto jurídico que se plasme en el juicio jurisdiccional. Pero esos hechos institucionales enunciados por las partes a través de las narrativas judiciales, no producirán efecto de convicción alguno en la mente del judicante, si no son establecidos o fijados, bien a través de la actividad probatoria, por máximas de experiencia o por sucedáneos de prueba, siendo que en el primero de los casos –fijación a través de activiad probatoria- ante la contradicción de los hechos conforme a la dialectica procesal, teniendo cada parte la correspondiente carga de la demostración según se trate, deberán allegar al proceso aquellas "fuentes" que sirvan para comparar aquellas versiones o enunciados expuestos por las partes y de donde se pretende extraer la consecuencia jurídica favorable, con las precitadas "fuentes".

Presicamente la forma de reconstruir los hechos pasados –hechos bruto- de llevar las "fuentes" de prueba al proceso para crear convicción judicial, será a través de los "medios" probatorios, que podemos definir como aquellos vehículos, herramientas o instrumentos que pueden utilizar las partes y eventualmente el órgano jurisdiccional –actividad oficiosa- para llevar al proceso las correspondientes "fuentes" de prueba que servirán para comparar las afirmaciones de hechos expuestas en sus escritos de pretensiones en general y que conducirán, a la convicción judicial tradudico en certeza respecto a los hechos o afirmaciones de hecho debatidas. De esta manera observemos que el concepto de "medio" de prueba es netamente procesal, pues y solo se da en el marco del proceso judicial.

Estos "medios" de prueba que pueden utilizarse para traer al proceso las "fuentes"no son cualquiera, por el contrario, deben cumplir con una serie de requisitos ubicados en el marco de la constitucionalidad y legalidad, más aún, en cumplimiento del debido proceso como derecho humano y constitucional, de manera que deben cumplir con la correspondiente legalidad, relevancia, pertinencia, idoneidad, tempestividad, licitud, imparcialidad, lo que en definitiva podriamos ubicar en el cumplimiento de los requisitos de admisibilidad, de procedencia y eficacia en cada caso, permitiendo en definitiva obtener una "fuente" probatoria y una "prueba" en el sentido de convicción judicial inmaculada.

Generalmente estos “medios” de prueba son regulados por el legislador, aún cuando en nuestro sistema, no solo constitucional sino legal, existe la previsión de la libertad probatoria donde se permite la producción o proposición de cualquier “medio” probatorio no prohibido expresamente para llegar la “fuente” al proceso; incluso, desde una visión constitucional y garantista aplicado a los “medios” de prueba, pudieramos señalar que cualquier limitación probatoria contenida en la ley que de manera alguna -en cumplimiento de principios de proporcionalidad- tiende a la protección de otros derechos constitucionales, se presenta como inconstitucional y debe conducir a la remoción de la precitada limitación para dar acceso a la prueba, ello en base precisamente al hecho que nuestro constituyente constitucionalizó el derecho a un sistema de pruebas sin remisión a la ley para su regulación, de manera que se tratará de un derecho netamente constitucional. Sin perjuicio de lo indicado generalmente las leyes regulan los siguientes “medios” de prueba: a. Confesión; b. Testimonial; b. Expeticia; c. Inspección; d. Documentos e instrumentos; e. Indicios; f. Reproducciones, reconstrucciones y pericias científicas, entre otros.

Pero veamos lo que al respecto indica la doctrina, a cuyo efecto comencemos con MIRANDA ESTRAMPES quien nos indica que los “medios” de prueba son aquellos que solo existen en el proceso, su nacimiento depend del propio proceso, consistiendo en la activiad procesal que es preciso desplegar para incorporar la fuente al proceso; se trata de en definitiva de un concepto netamente procesal. La diferenciación entre “fuente” y “medio” expone el autor español, resulta fundamental para superar la la discusión sobre el carácter taxativo o no de los “medios” y las “fuentes”, así como respecto la diferenciación entre actos de investigación y de prueba, los primeros cuya finalidad esencial es la búsqueda y descubrimiento de las “fuentes” de prueba, así como su aseguramiento para permitir fundamentar la acusación y que luego el acusador pueda llevar dichas “fuentes” al proceso a través de los “medios”; los segundos –actos de prueba- como actividad propia del proceso judicial. Define a “medio” de prueba como […] a*quellos instrumentos o cauces procesales de los que se sirven las partes para introducir los hechos de la realidad en el proceso y trasladarlos a presencia judicial.”*[44]

El precitado autor al tratar este punto es del criterio que el tema de los “medios” de prueba como activiad procedimental debería estar regulado –*numerus clausus*- o limitados, pues esto sería la única forma de garantizar que la introducción de las “fuentes” de prueba en el proceso respetarían todas las garantías procesales, especialmente aquellas derivadas del necesario respeto a la defensa y al principio de contradicción en la adquisición de la prueba; que respecto a las “fuentes” aquí si debería existir una libertad absoluta. Expres que […] *Por consiguiente, y teniendo en cuenta lo dicho, la “mínima activiad probaroria”*

---

[44] Manuel MIRANDA ESTRAMPES. Ob. cit. pp. 132 y ss.

necesaria para destruir la presunción de inocenci puede estar integrada por cualquiera fuente de prueba, aunque su aportación alproceso resulta esencial, respetándose en todo caso las garantías de contradicción, inmediación, publicidad y oralidad."[45]

Respecto al criterio trascrito debemos considerar que la presencia del principio de libertad de los medios probatorios en forma alguna lesiona los mentados principios que rigen al proceso penal –contradicción, inmediación, publicidad y oralidad- mucho menos el derecho a la defensa constitucional, pues precisamene y por lo menos en nuestra legislación, la utilización de los medios probatorios libre se rigen por el sistema procedimental analógico a los medios de prueba tasados y en su defecto, es el judicante quien anunciará la forma de su evacuación, que en aplicación de un crirterio garantista y conforme al principio de publicidad, éste deberá instruir a las partes respecto al procedimiento que ha de seguirse, que por demás debe permitir y garantizar el cumplimiento de los principios propios del sistema oral; de esta manera no coincidimos en la idea de regulación taxativa de los "medios" en protección a los principios del sistema de la oralidad y la defensa, cuando precisamente y como lo veremos en su oportunidad, los medios de prueba libre permiten dar efectividad a tales derechos, incluso so pena de nulidad de la prueba. Por otro lado y respecto a la libertad de las "fuentes", nos parece que precisamente aquí el asunto sí debe ser visto con más cuidado, pues no puede permitirse la obtención de la misma por cualquier fórmula y sin limitaciones, siendo precisamente aquí donde deben activarse los derechos y garantías constitucionales ubicados en el debido proceso, como la prueba ilícita, la prohibición de obtener confesiones en forma obligada, la obtensión subrepticia de objetos y documentos, grabaciones y demás fuentes por medios no permitidos y en lesión de derechos constitucionales, sumado al hecho de la ineficacia de las pruebas obtenidas como consecuencia de las primeras –teoría del fruto del árbol venenoso. Lo dicho nos permite distanciarnos del criterio del autor español que como veremos es una constante en la doctrina española que se presenta como antigarantista, especialmente cuando se piensa que los únicos medios que pueden utilizarse en el proceso son los tasados o legales, ello en base al principio de legalidad que que lo gobierna, realidad que no es la nuestra pues desde 1987 tenemos incorporado –dentro del mismo principio de legalidad a que se refieren los españoles- el principio de libertad probatoria –artículo 395 del Código de Procedimiento Civil, artículo 182 del Código Ogánico Procesal Penal, artículo 19 de la Ley de Procedimiento Marítimo, artículo 70 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, artículo 450k de la Ley Orgánica para la Protección del Niño, Niña y Adolescente y artículo 269 del Código Orgánico Tribuntario-.

[45] Manuel MIRANDA ESTRAMPES. Ob. cit. pp. 147 y ss.

ASENCIO MELLADO,[46] señala que por "medio" de prueba ha de entenderse los diversos instrumentos a través de los cuales el órgano judicial obtiene la convicción que se persigue con esa actividad. Luego de diferenciarlo con la "fuente" de prueba entendida por el precitado maestro como el lugar, la cosa o persona que proporciona la convicción mediante la apreciación sensible del juez, al igual que MIRANDA ESTRAMPES considera que los "medios" de prueba constituyen numerus clausus, mientras que las "fuentes" son variadas y múltiples, criterio del cual nos separamos conforme a lo señalado anteriormente. En esta misma tónica nos conseguimos con MONTERO AROCA para quien la legalidad es un concepto que se refiere o puede identificarse con los "medios", en tanto que la licitud se identifica con la "fuente", de manera que a su juicio los "medios" pueden ser regulados y limitados; no obstante a la precitada libertad en cuanto a las fuentes y como hemos argumentado, se presenta una limitación respecto a la forma de obtención con lesión a los derechos fundamentales, estableciéndose la nulidad o ineficacia de la fuente obtenida directa o indirectamente con lesión a los derechos fundamentales –ilicitud-.[47]

En Italia el maestro CHIOVENDA al refirse a los "medios" dice que […] *Son medios de prueba las fuentes de que el juez extrae los motivos de prueba (así, en los ejemplos que acabamos de poner, la persona del testigo, los lugares inspeccionados)."*[48] Data venia al iluste maestro, observemos del concepto que existe la confusión entre "fuente" como persona, lugar o cosa donde se encuentre impreso o estampado el hecho y el "medio" referido a los instrumento que sirven para llevar al proceso la fuentes, ello sin perjuicio que y como hemos indicado, la "fuentes" son un concepto extrajuríco, metajurídico ubicado fuera antes del proceso, lo que el maestro italiano coloca dentro del proceso y como actividad del judicante.

REDENTI se refiere al carácter polisémico de la prueba, que desde un sentido subjetivo se refiere a la síntesis de las observaciones o inferencias que el juez extrae, por medio de los sentidos primeramente y de la inteligencia después, de cosas materiales o de episodios, actos o hechos del proceso, que determinan su convicción *quoad factum*; lo que también será indicado con la misma denominación, pero tomado en sentido objetivo, como "medios" de prueba.[49]

Siguiendo con los maestros italianos nos topamos con CARNELUTTI, quien indica que el "medio" de prueba es una actividad del órgano jurisdiccional, ya que es precisamente un medio sin el cual no podría lograrse el conocimiento; igualmente –indica- podría referise al hecho sin el cual la activiad del

---

[46] José María Asencio MELLADO. Derecho Procesal Civil. Parte primera. Editorial Tirant lo Blanch. Valencia, 1997. pp. 163 y 164. En la doctrina española puede verse igualmente a Valentín SILVA MELERO. La Prueba Procesal. Tomo I. Teoría General. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid, 1963. pp. 65 y ss.
[47] Juan MONTERO AROCA. Ob. cit. T. II. pp. 269 y ss.
[48] Guiseppe CHIOVENDA. Ob. cit. V.III. p. 163.
[49] Enrico REDENTI. Derecho Procesal Civil. Tomo I. Traducción de Santiago Sentís Melendo. Ediciones Jurídicas Europa-América. Buenos Aires, 1957. pp. 279 y ss.

juez resultaría asismismo estéril. Concluye diciendo […] *llamo por mi cienta medio de prueba a la actividad del juez mediante la cual busca la verdad del hecho a probar y fuente de prueba al hecho del cual se sirve para deducir la propia verdad."*[50] Data venia al ilustre maestro nos separamos de tal afirmación, pues el "medio" como hemos indicado tiende a traer al proceso las fuentes, como actividad propia de las partes sin perjuicio de la actividad probatoria oficiosa, a la cual pareciera que se refiere CARNELUTTI, de manera que no se trata de una actividad exclusiva del juez quien y solo de manera excepcional puede realizar la actividad oficiosa, insistiendo que la heurística, la afirmación o enunciado de los hechos, la carga de proponer los medios de prueba para traer al proceso las fuentes, principal e inicialmente es de las partes, solo de manera excepcional y sin suplir el *onus probandi*, el juez está dotado de actividad oficiosa, de manera que por medios debemos enteder instrumentos para llevar al proceso las fuentes, según hemos indicado.

El maestro ROCCO también hace una referencia a la diferenciación de "prueba" y "medio" de prueba, el primero como proposición de la existencia o de la verdad de los hechos, por obra de las partes, a los cuales vinculan ellas efectos jurídicos –nacimiento, modificación, extinción de las relaciones jurídicas, impedimento al gurgimiento de las relaciones jurídicas-; también como control de la verdad o de la existencia de los hechos propuestos y afirmados por las partes, que implica la activiad de las partes y del órgano jurisdiccional. Por su parte el "medio" de prueba lo considera aquellos suminisrados por las partes para realizar el control de la verdad y existencia de los hechos.[51]

Respecto a la doctrina argentina encontramos a ALSINA son "medios" de prueba los instrumentos, cosas o circunstancias en los que el juez encuentra los "motivos" de su convicción. Este señalamiento del maestro contiene una confusión entre "medio", "fuente" y "prueba" como convencimiento judicial, en similares términos a los expuestos al analizar la definición de CHIOVENDA.[52]

PALACIO indica que constituyen medios de prueba los modos u opersaciones que, referidos a cosas o personas, son susceptibles de proporcionar un dato demostrativo de la existencia o inexistencia de uno o más hechos. En otro momento indica que debe diferenciarse el "medio" de la "fuente" ésta última –dice- que se encuentra constituida por el dato obtenido a través del medio, que existe, a diferencia del "medio" con independencia del proceso; que el "medio" de prueba actúa como vehículo para lograr la fuente, de la cual, a su turno, el juez debe deducir la verad –o no- de los hechos que configuran el objeto del proceso, siendo "fuente" de prueba las circunstancias o características de las cosas reconocidas,

---

[50] Francesco CARNELUTTI. Ob. cit. pp. 68 y ss.

[51] Ugo ROCCO. Tratado de Derecho Procesal Civil. Vol. II. Parte General. Editorial Temis-Depalma. Buenos Aires, 1970. p. 193

[52] Hugo ALSINA Ob. cit. T. III. p. 230.

el hecho consignado en el documento o aquél sobre el cual versa el dictamen pericial.[53] Luego, observemos de lo dicho por el maestro argentino, una inicial confusión entre "medio" y "fuente", aunque posteriormente parece disiparse dicha confusión, de lo que consideramos –aún cuando no en forma clara- una diferenciación al considerar que mediante el "medio" se procura la "fuente" de donde el juez extrae eventualmente su convicción sobre el hecho –más correctamente, indicamos, la afirmación o enunciado sobre los hechos-.

GOZAINI define el "medio" de prueba como los instrumentos que las partes cuentan para proprcionar los datos demostrativos, es decir, testigos, peritos, la misma parte a través de la confesión, los documentos, los informes, entre otros; incluso se refiere al "procedimiento" de prueba, como el mecanismo de aportación de elementos convictivos que tiende a verificar la existencia o demostración de los hechos oportunamene alegados que fundan la pretensión deducida en la demanda y en los escritos de correlato –contestación, reconvención, hechos nuevos, entre otros.-[54] Observemos de lo expuesto por el maestro argentino la diferencia con los conceptos que respecto a "medios" y "fuente", incluso de "prueba" ofrecen ALSINA y PALACIO, pues aquí destacamos la clara distinción entre ambos y especialmente la presencia en la definición de la actividad de las partes y de los "procedimientos" probatorios para allegar al proceso la "fuente" cuestión que no ubica en los dos precedentes autores.

En Colombia el gran maestro Hernando DEVIS ECHANDÍA nos indica que son "medios" de prueba los elementos o instrumentos utilizados por las partes y por el juez, que suministran esas razones o esos motivos para obtener la prueba, entendida ésta última como razones o argumentos que sirven para llevarle al juez la certeza sobre los hechos.[55] Si bien el concepto del maestro resulta correcto, nos parece que el reparo debe hacerse en cuanto a la finalidad del "medio", que a nuestro entender y como lo hemos dejado de manifiesto pretende incorporar la "fuente" al proceso lo que serivirá al judicante para comparar esas "fuentes" con los enunciados o afirmaciones de hecho que sostienen las diferentes pretensiones procesales y conducir a la convicción judicial, siendo esta convicción judicial como resultado lo que debe entender como prueba, activiad exclusiva del órgano jurisdiccional donde no intervienen las partes, a quenes incumbe la heurística, la afirmación y enunciado de los hechos, la actividad de promoción de los "medios" de prueba –carga probatoria- el cumplimiento del "procedimiento" probatorio que comparten con el juez; más y respecto a la prueba como convicción por verificación a través de la comparación, es activiad propia del *judex*.

[53] Lino Enrique PALACIO. Ob. cit. T. IV. pp. 331 y ss.
[54] Osvaldo ALFREDO GOZAINI. Teoría General del Derecho Procesal. Jurisdicción, acción y proceso. Editorial Ediar Sociedad Anónima. Buenos Aires, 1996. pp. 230 y ss.
[55] Hernando DEVIS ECHANDÍA. Ob. cit. T. I. p. 29.

Hernán Fabio LÓPEZ BLANCO define la "medios" de prueba como instrumentos jurídicos de los que se vale la ley para demostrar hechos y que se hallan enunciados con carácter no taxativos.[56] Observemos de lo escrito que el maestro identifica "medios" de prueba con instrumentos legales no taxativos, no reparando que dichos instrumentos no los hace vale la ley sino las partes y eventualmente el judicante para llevar las "fuentes" al proceso; por lo demás observamos un confusionismo respecto a "medio", "fuente" y "prueba", en los mismos términos que hemos venido exponiendo.

Una definición que se acerca bastante bien a lo que debe entenderse por "medio" nos las ofrece FIERRO-MENDEZ, para quien el "medio" de prueba es el instrumento o mecanismo usado por las partes para la obtención de un resultado que se quiere, la cual es verificar un hecho o una conducta, a fin de establecer si hay lugar o no a la responsabilidad penal del aco que se imputa.[57] Indicamos que a la definición en cuestión la falta el ingrediente de la "fuente", en el sentido que la finalidad del medio es incorporar la "fuente" que como tal es la que servirá para comparar la misma con las afirmaciones de las partes –en el caso penal de los hechos constitutivos de la acusación- y en consecuencia verificar el hecho, crear certeza sobre la afirmación y producir consecuencialmente "prueba".

Ya para concluir este apartado insistiremos en nuestra **definición** de **"medio"** de prueba a saber: *Los vehículos, herramientas o instrumentos que pueden utilizar las partes y eventualmente el órgano jurisdiccional –actividad oficiosa- para llevar al proceso las correspondientes "fuentes" de prueba que servirán para comparar las afirmaciones de hechos expuestas en sus escrito de pretensiones en general y que conducirán, a la convicción judicial traducido en certeza respecto a los hechos o afirmaciones de hecho debatida, tratándose en consecuencia de una actividad netamente procesal, pues y solo se da en el marco del proceso judicial.*

4.3. Prueba como procedimiento de prueba.

Sobre esta acepción o noción hipoertrofiada del término "prueba" ya hemos adelantado bastante, incluso hemos analizado lo que al respecto ha dicho la doctrina, quien suele referirse a la prueba como el procedimiento para la convicción judicial, o bien para la demostración de los hechos, también como "medios" o "fuentes" para establecer la razón o argumento de los hechos, de manera que y como hemos anotado en los puntos anteriores, no solo existe una confusión respecto a la consideración de "prueba" como procedimiento probatorio, sino que incluso se confunde con "medio" y con "fuente".

---

[56] Hernán Fabio LÓPEZ BLANCO. Ob. Cit. T. III. p. 19.

[57] Eliodoro FIERRO-MENDEZ. La Prueba en el Derecho Penal. Sistema Acusatorio. Editorial Leyer. Bogotá, 2006. p. 95. También y del mismo autor en La Prueba Ilícita e Ilegal. Efectos Jurídicos en el Proceso Penal. Editorial Leyer, Bogotá, 2010. pp. 40 y ss.

Sin perjuicio de los reparos y observaciones que hemos hecho al tratar cada uno de los escenarios señalados –fuente, medio y prueba- debemos enfatizar que las "fuentes" son las personas, lugares o cosas donde el hecho ocurrido deja su huella, donde queda estampada la misma, la cual luego de la heurística se transforma en afirmación o enunciado de hecho determinado valorativamente por la norma jurídica, capaz de producir efectos jurídicos en el marco de un proceso. Esos hechos institucinales afirmados como fundamento de las diversas pretensiones judiciales, debe ser acreditadas o verificadas en el proceso, teniendo las partes, luego del *onus explanandi* el *onus probandi*, debiendo o cargando con el interés de proponer los "medios" probatorios para llevar al órgano jurisdiccional esa "fuente" capaz de reconstruir los hechos pasados y mostrarselos al judicante, todo lo que felizmente podrá conducir a la verificación y convicción judicial respecto a la afirmación de alguna de las partes, produciendo una sentencia razonable, razonada, justa y debida que sea reflejo de las afirmaciones y de las pruebas obtenidas en el proceso.

La forma como las partes, incluso, el órgano jurisdiccional puedenm allegar al proceso las "fuentes", como indicamos, es conforme a los "medios", los cuales necesariamente deben cumplir con un conjunto de requisitos constitucionales y legales, en las formas que determina la ley y en cumplimiento de principios que orientan cada sistema de procedimiento, siendo precisamente el cumplimiento de estas formulas o formas el "procedimiento" que debe seguirse para la proposición de los "medios" que sirven para incorporar las "fuentes". Es aquí donde encontramos –en el procedimiento de la prueba- el momento de su producción, los requsitos que debe cumplir cada medio, la contradicción, la providenciación y recurribilidad de la providenciación del "medio" propuesto, su evacuación y control, así como su informe o conclusión final para su apreciación y valoración en la sentencia, donde incluso deben garantiarse el cumplimiento de principios esenciales de los procedimientos orales, como la contradicción, la inmediación, la publicidad, la oralidad como tal, la imparcialidad, principios que orientan la inmaculación de la prueba y que permiten una valoración probatoria capaz de fijar un hecho como presupuesto de la norma, especialmente en el sistema de procedimiento penal donde la única prueba de cargo como mínima actividad probatoria capaz de servir a la pretensión de la acusación, capaz de destruir la presunción de inecencia, es aquella inmaculada realizada en juicio oral, público, contradictorio, con inmediación, concentración e imparcialidad, ello sin perjuicio del tema del "medio" probatorio que pueda anticiparse previo el cumplimiento de los requisitos legales –artículo 289 del Código Orgánico Procesal Penal-.

De lo dicho **definimos** el "procedimiento" de prueba como *el conjunto de pasos o actos que deben cumplirse para la proposición, recibimiento, admisión, evacuación de los "medios" probatorios traslativos de las "fuentes", así como para la valoración correspondiente, creadora de convicción judicial traducido en certeza, sin perjuicio que dentro de esta noción también debe ubicarse el procedimiento de anticipación de "medios" probatorios" y en algunos casos para el*

"aseguramiento" de fuentes, como sucede en el sistema penal a través de los actos de investigación que deben seguir un procedimiento debido y legal. Pero aclaremos que cuando hablamos de "procedimento" de prueba, nos referimos generalmente a un concepto con noción procesal, ubicado dentro del proceso, que es donde se lleva a cabo eso que denominamos "procedimiento" de prueba, aún cuando hemos anotado que en los actos de investigación, que en puridad de verdad no se ubican en el marco de un proceso judicial -pues como tal el mismo inicia es con la acusación y si queremos ser más precisos, por no decir necios, con la admisión de la misma, sea total o parcial y el paso a juicio oral, momento en el cual realmente existe un proceso judicial- se debe igualmente cumplir con un "procedimiento" contenido en la ley, donde debe imperar el debido proceso; lo cierto es que y cuando tratamos los actos de investigación, aún regidos por un procedimiento, éste en puridad de verdad no puede adicionarsele el adjetivo de "prueba" –procedimiento de prueba- pues la propia naturaleza de los actos de investigación excluye el calificativo de prueba, que sólo y eventualmente puede alcanzarse en el debate oral que garantice el cumplimiento de los principios que hemos mencionado anteriormente.

4.4. Prueba como razón, argumentos o motivos.

Otra acepción que genera la hiportrofia del concepto de "prueba" en sentido judicial se refiere al enunciado señalado, vale decir, entendida como "razón", "argumento" o "motivo" que tiende a demostrar o acreditar la existencia o inexistencia de los hechos, su verdad o falsedad, tal como lo explica el maestro colombiano Hernando DEVIS ECHANDÍA, al referirse al concepto de prueba en su contenido esencial como razones o motivos que se extraen de los medios de prueba y que permiten determinar la existencia o inexistencia de los hechos, más aún, que permiten llevar al judicante la certeza sobre los hechos. En este sentido señala que […] *Probar es aportar al proceso, por los medios y procedimientos aceptados en la ley, los motivos o las razones que producen el convencimiento o la certeza del juez sobre los hechos. Prueba judicial (en sentido particular) es todo motivo o razón aportado al proceso por los medios y procedimientos aceptados en la ley, para llevarle al juez el convencimiento o certeza sobre los hechos. Y se dice que existe prueba suficiente en el proceso, cuando en él aparece un conjunto de razones o motivos que producen el convencimiento o la certeza del juez respecto de los hechos sobre los cuales debe proferirse su decisión, obtenido por medios, procedimientos y sistemas de valoración que la ley autoriza."*[58] Incluso mi padre -posiblemente siguiendo a DEVIS ECHANDÍA- al referirse a la definición

[58] Hernando DEVIS ECHANDÍA. Ob. cit.T. I. pp. 33 y 34.

de "prueba" también la consideró como la razón o argumento tendiendo a demostrar la existencia o inexistea de los hechos.[59]

Como puede apreciarse el gran maestro y nuestro padre nos enseñaron que la prueba en definitiva se refiere a una razón o un argumento que permite el convencimiento del juez, que crea certeza respecto a los hechos, concepto dentro del cual ubica también los elementos de "medio", "procedimiento" y "convicción" como términos propios de la prueba –acepciones-. Luego y sin perjuicio de la erudición de los precitados maestros, siguiendo con nuestra línea argumentativa primeramente diremos, que un una definición completa de lo que debe entenderse por prueba judicial, resulta necesario incluir las diferentes terminologías que se identifican con la prubea, lógicamente, dándole su correcto puesto y consideración a cada uno, tal como por ejemplo ocurre cuando definimos cualquier de los elementos que componen la trilogía estructural de la ciencia procesal, "jurisdicción", "acción" y "proceso", donde en cada caso de estar incluido cada una de las instituciones, incluso, en la definición de cada uno también se hace necesario incluir "pretensión", "contradicción", "excepción", "procedimiento", "litigio", "juicio" y especialmente, para completar una definición procesal correcta el instituto de la "prueba".

Cuando definimos "prueba" judicial nos referimos a una actividad netamente procesal y juridiccional, exclusiva del judicante consistente en comprobación o verificación mediante de los hechos afirmados por las partes, mediante comparación con las "fuentes" aportadas por su actividad y eventualmente por la del juez, a través de los "medios" propuestos y conforme a los "procedimientos" señalados al efecto, cuyo fin último es la convicción judicial, certeza no ausente de error. Si confrontamos lo dicho respecto a los criterios de DEVIS ECHANDÍA y BELLO-LOZANO MÁRQUEZ antes referidos -por ejemplo- observaremos primeramente que no se toma en consideración que la prueba es un resultado finalístico en la mente del judicante que se vuelca en la sentencia, respecto a la certeza sobre los hechos, vale decir, convicción judicial; en segundo término y siendo más específicos respecto al punto anterior, esa convicción tradudica en certeza se produce por la verificación o comprobación por comparación, no respecto al hecho solo como tal –hecho bruto- sino al hecho institucional, vale decir, al hecho valorado jurídicamente en la norma que es "afirmado" o "enunciado" por las partes como fundamento de sus pretensiones y según su posición procesal –demandante, demandado, acusador, acusado- de manera que no se trata de certeza sobre el hecho sino sobre su afirmación; en tercer lugar indicaremos que la prueba no es la razón o el argumento, es la verificación del hecho afirmado por su comparación con la "fuente", que conducirá a la convicción judicial, a la certeza sobre el mismo, certeza que no es sinónimo de una verdad absoluta, aunque no sea errónea, ello no obstante a que la misma –

[59] Humberto BELLO-LOZANO MARQUEZ. Las Fases del Procedimiento Ordinario. Editorial Mobilibros. Caracas, 1996. p. 109.

certeza- es plausible de error; por último diremos que la prueba no es "*aportar al proceso, por los medios y procedimientos aceptados en la ley, los motivos o las razones que producen el convencimiento o la certeza del juez sobre los hechos…*" tal como lo suguiere la definición del eterno maestro colombiano, pues lo que se aporta al proceso por los "medios" y conforme a los "procedimientos" son "fuentes" que permiten confirmar los hechos afirmados por comparación. Todo lo anterior y con el máximo respeto a quien consideramos el mayor y mejor probacionista de todos los tiempos –Hernando DEVIS ECHANDÍA- así como a nuestro padre, nos separamos de sus definiciones, las cuales incluso hemos aceptado, asumido y trasmitido desde nuestros trabajos escritos y desde la cátedra de prueba que hemos regentado a nivel de pregrado y postgrado en las diversas Universidades venezolanas –Universidad Santa María, Universidad Central de Venezuela, Universidad Arturo Michelena; Universidad José María Vargas, Universidad Nacional Experimental de la Fuerza Armanda, Universidad de Margarita, entre otras- desde hace más de diecisiete (17) años, pero que hoy abandonamos y corregimos, asumiendo un concepto inspirado en un aspecto finalista y subjetivo de la "prueba" judicial.

Para la comprensión de la prueba como "razón", "motivos" o "argumento" que tiende a demostrar los hechos controvertidos, interesa destacar que desde el *aspecto "sujetivo"* de la prueba la misma se equipara al resultado que se obtine de la misma, con el convencimiento o grado de convicción producida en la mente del judicante, en oposión al *aspecto "objetivo"* que ve la prueba como "medios", "fuentes", "actividades" y "procedimientos" probatorios. Luego, respecto a la prueba como "razón" o "argumento" se presenta una mezcla o combinación de los precitados aspecto, entrándose en consecuencia de una tesis mixta que enremezcla los aspectos citados.

4.5. Prueba como actividad de partes y del órgano jurisdiccional.

En los diferentes enunciados a que hemos hecho referencia respecto a la acepciones de "fuente", "medio" y "prueba" encontramos que la doctrina suele referirse a la prueba como sinónimo de actividad –procesal o no- de las partes y del juez, dinstinguiendo entre aquellas que le son propias a unos y a otros. Así observamos que nos hemos topado con autores que en sus diferentes definiciones sobre los puntos tratados –acepciones sobre el término prueba judicial- se refieren a la prueba o más aún, la identifican como aquella actividad propia de las partes –demandante, demandado, acusador, acusado- para convencer el judicante; en otros encontramos que el significado de la prueba se refiere a una actividad del juez respecto al convencimiento judicial; y en un nivel intermedio, se refieren a la actividad del juez ya no como convicción sino como sujeto que ordena la prueba –medios- para hacer allegar al proceso "fuentes".

La "prueba" con el aditivo de judicial y en el marco de un proceso, hemos dicho que es una activiad netamente procesal y del juez, cuyo fin es la convicción judicial –certeza- sobre la verdad o falsedad de los hechos afirmados por las partes, mediante la comparación con las "fuentes" allegadas al proceso por conducto de los "medios" en cabeza –actividad- de las partes y eventualmente del propio juez. Decimos desde ya esto, para poder analizar la doctrina que considera a la "prueba" como una actividad, especialmente como de partes, los que nos permitirá observar los equívocos.

Así nos topamos con el maestro alemán Adolfo SHÖNKE quien enuncia de la siguiente manera el concepto de prueba: […] *la actividad de las partes y del Tribunal encaminado a proporcionar al Juez la convicción de la verdad o falsedad del hecho.*"[60] Observemos de lo transcrito lo siguiente: a. No hay distinción ni referencia a "fuentes", "medios" ni a "procedimientos" de prueba; b. Identifica la prueba con una actividad de partes; c. Considera la prueba como actividad del juez en dos sentidos, el primero como convencimiento y el segundo –cuando se refiere e tribunal- como actividad oficiosa; d. Establece como fin de la prueba el convencimiento judicial sobre la verdad o falsedad de los hechos, dejando ausente el tema que los hechos no ingresan solos al proceso, sino a través de las afirmaciones o ennciados. No obstante lo señalado, solo nos interesa destacar la acepción de prueba como actividad de las partes y del tribunal.

En la doctrina española encontramos a Manuel ORTELLS RAMOS, para quien la prueba es una actividad procesal de las partes y del juzgador; también GIMENO SENDRA, y PRIETO CASTRO, todos citados por MIRANDO ESTRAMPES.[61] Es interesante observar en el caso de Leonado PRIETO CASTRO que la referencia a la prueba y su identificación con la actividad del juez o del órgano judisccional en el marco del proceso penal, se pretende justificar con el hecho de la actividad de instrucción que éste tiene, tal como sucedió en nuestro sistema penal –Código de Enjuciamiento Criminal- con las etapas sumarias y plenarias, la primera donde no había una diferenciación entre los actos del investigador y del juez, pues éste tenía ambos roles en el marco del sistema inquisitivo; pero lo cierto es que en este momento tampoco es justificable la concepción de la prueba como actividad del juez, pues aquí como tal –sumario- tampoco se podía hablar de actos de prueba a cargo del órgano jurisdiccional, entratándose de meros actos de investigación y no de pruebas.

Para calificar de manera correcta la prueba como "actividad" de las partes y del órgano jurisdiccional, resulta necesario distinguir otras acepciones e integrarlas, pues si bien la prueba es actividad de los sujetos del proceso, debe escindirse aquella que corresponde a las partes y aquella que compete al juez. Así y respecto a las partes, les corresponden la investigación o heurística de los hechos, la carga de

---

[60] Adolfo SHÖNKE. Derecho Procesal Civil. Quinta edición. Tradudcción al castellano por Leonardo Prieto Castro. Editorial Bosch. Barcelona, 1950. p. 198.
[61] Manuel MIRANDA ESTRAMPES. Ob. cit. pp. 23 y 24.

la alegación del hecho institucional –afirmación o enunciado- la carga de proponer los "medios" probatorios" y de incorporar las "fuentes", incluso de realizar los actos de "procedimiento" correspondiente a tal fin, sin perjuicio que en estos casos puede incluirse al juez respecto a su activiad oficiosa; en cuanto al judicante, fundamentalmente su actividad como sujeto del proceso, es ser el destinatario de la prueba, entendida primeramente como receptor de las "fuentes", de los "medios" propuestos debiendo dictaminar su admisión o no y en el primer caso ordenar su evacuación; también es el sujeto destinatario de toda la actividad o "procedimiento" probatorio, siendo fundamentalmnte el sujeto a quien se debe convencer respecto a la verdad o falsedad de los hechos afirmados por las partes.

Lo dicho nos permite afirmar que en principio no resulta tan descabellada la noción de prueba como "actividad" de los sujetos procesales que incluye a las partes, pero para comprender adecuadamente la misma hay que poner las cosas y los sujetos en su justo lugar. Incluso, si queremos ser más limitados en la explicación que hacemos, podríamos decir que la "prueba" como actividad solo cabría respecto al juez, ello si entendemos que la prueba es verificación por comparación para convicción, actividad procesal exclusiva –insistimos- del juez, noción que a nuestro juicio es la debida y correcta; pero de modo más amplio y tomándolo como actividad de aportación de "fuentes" y proposión de "medios" también resulta pertinente incluir a las partes como sujetos de la actividad probatoria. En estos términos por ejemplo puede verse a CAFFERATA NORES, quien se refiere a la prueba como actividad probatoria de ls siguiente manera […] *el esfuerzo de todos los sujetos procesales tendentes a la producción, recepción y valoración de los elementos de prueba*".[62] Aquí conseguimos en su justo lugar las actividades probatorias de las partes y del juez en el sentido que hemos explicado.

4.6. Prueba como probática.

Hemos indicado en puntos anterior siguiete a Lluís MUÑOZ SABATE, que el término probática proviene de responde a la combinación de la palabra "prueba" con la expresión griega "*tekhnê*" –arte o técnica- tratándose de la ciencia aplicada a la prueba de los hechos en el proceso, concretamente a la afirmación sobre los hechos, que comprende la actividad del litigante en la búsqueda de los hechos, su técnica de incorporación al proceso y debate. Es la ciencia aplicada al arte de probar –dice el profesor español- que involucra a las partes y al judicante, éste último como destinatario de la actividad probática.

La probática como ciencia es aplicada en toda clase de proceso judicial, especialmente en el penal, donde se observa con mayor fuerza y claridad respecto al proceso civil en general –laboral, niños y

[62] José I. CAFFERATA NORES. La Prueba en el Proceso Penal. Editorial Depalma. Buenos Aires, 1986. p. 31.

adolescentes, marítimo, aeronáutico, contencioso administrativo y tributario, constitucional, entre otros- al ubicarse en la instrucción preliminar, procedimiento preliminar, fase preliminar o fase preparatoria como la denominada nuestro actual sistema procesal penal –artpiculo 262 del Código Orgánico Procesal Penal- con la realización de los actos de investigación de la verdad y recolección de fuentes de prueba, elementos de convicción que permitan fundamentar la acusación del fiscal o la defensa del imputado y eventualmente acusado, lo que no conduce a inferir que ello escapa del campo civil en general, lo que y como indicamos, tambien se ubica en el proceso civil, con la diferencia que en uno y en otro el sujeto difiere, así en el penal se encuentra en cabeza del órgano investigador –Ministerio Público y órganos de policía judicial- y en lo civil en cabeza de los particulares interesados y especialmente en el abogado; pero igualmente la probática puede esta en cabeza del judicante, cuando éste trata de verificar los hechos afirmados por las partes a través de su actividad oficiosa.

De esta manera y **definiendo** la "**probática**" o prueba de los hechos en el procso, dice MUÑOZ SABATÉ, debe entenderse como el proceso operativo, físico o mental que desarrolla cualquier sujeto, generalmente institucionalizado –abogado, fiscal, detective, policía- con la finalidad de investigar y/o probar un hecho de interés para un proceso judicial en preparación o ya activo. Indica que […] *Como to técnica, la probática implica tanto una actividad como un cuerpo de conocimiento. Enseña como probar pero a la vez observa, describe, define y clasifica los hechos y fenómenos que maneja, señalando a la vez los puntos débiles del derecho probatorio. Se lo podría considerar en el grupo de las ciencias ideológicas en donde se asimilan tanto ella como la historiográfica y clínica diagnóstica con las que comparte una hipotización y búsqueda de las fuentes y una selección y táctica de los medios a emplear*." [63] Añade que por acitividad probática desde una perspectiva eminentemente judicial, debe entenderse […] *el proceso operativo, físico o mental, que desarrolla cualquier sujeto, generalmente institucionalizado (abogado, fiscal, detective, policía, etc.) con la finalidad de investigar y/o probar un hecho de interés para un proceso judicial en preparación o ya activado*.".[64]

Luego, en el marco del acontencer diario e incluso de las relaciones y actos ocurren o se producen hechos que dejan huellas, rastros o vestigios, que eventualmente pueden tener significación jurídica en el marco de procesos judiciales, tal como acontence cuando se como un hecho delictivo, se produce una venta simulado, incluso cuando se pretende romper el vínculo matrimonial. Estos hechos quedan estampados en la mente de personas, objetos, lugares –fuentes- y pueden ser trasladados a un proceso judicial, de manera que estos hechos brutos al tener relavancia y producir efectos jurídicos, para ser

---

[63] Lluís MUÑOZ SABATÉ. Curso de Probática Judicial. Editorial La Ley. ESADE Facultad de Derecho Universidad Ramón Llull de Barcelona. Instituto de Probática y Derecho Probatorio. España, 2009. pp. 16 y ss. También p. 23. Puede verse del mismo autor Introducción a la Probática. Editorial J.M Bosch. Serie manuales y Monografías. Barcelona, 2007. Técnica Probatoria. Estudios sobre las dificultades de prueba en el proceso. Editorial Praxis S.A. Barcelona 1983. Tratado de Probática Judicial. Editorial J.M Bosch. Barcelona, 1992.
[64] Lluís MUÑOZ SABATÉ. Curso de Probática Judicial. p. 28.

colocados en el marco de un proceso judicial –traslación- requiere de dos actividades:[65] la primera que es su investigación o heurística –búsqueda de las fuentes donde ha quedado estampado el hecho; lo segundo y como consecuencia de la investigación, su afirmación o enunciado como hecho constitutivo, extintivo, impeditivo, invalidativo, modificativo o exceptivo que fundamenta una pretensión o excepción –demanda, contestación, acusación o defensa-. Tras la afirmación del hecho y en el marco del proceso judicial los mismos deben ser acreditados o verificados –constatados- por comparación con las "fuentes" aportadas por los "medios", incluso dichas fuentes y medios deben ser tratadas en el sistema oral de procedimientos de manera pública, contradictoria, con inmediación y concentración, imparcialidad u objetividad, para que pueda formarse un verdadero acto de prueba que genera convicción judicial traducido en certeza.

Precisamente la actividad de investigación del hecho bruto para su eventual afirmación o enunciado en una pretensión, esto es, de averiguación y aseguramiento de "fuentes" probatorias, como actividad metajurídica, anterior y no dependiente de un proceso judicial eventual, así como el trazado del plan probatorio a seguir en el proceso para aportar la "fuente" y crear convicción judicial, precisamente es la "probática". De manera que si bien la probática antes del proceso recae sobre los hechos y no sobre afirmaciones de hecho contenidas en la pretensión –actividad ya procesal- también en el marco de éste –proceso- se presenta una actividad probática consistente es el trazado del plan probatorio, lo que denomina MUÑOZ SABATÉ "fórmula probática", entendida como […] *Inventario o relación de pruebas que en el acto procesal pertinente se proponen al juzgador para la asunción y práctica. Probáticamente la fórmula suele resrvarse otros recordatorios como la presunción, la información y la argumentación.*".[66]

Luego de presentar una idea general de la probática siguiendo al citado profesor español, respecto a su acepción como prueba judicial, debememos señalar que ésta no puede ser concebida ni confundida con la probática, de la cual si bien se nutre y sirve para la definitiva convicción judicial, primeramente respecto a la búsqueda e investigación de los hechos ocurridos –heurística- y estampados en sus fuentes, para luego ser afirmados los hechos en una pretensión –hecho nuclear-; y en segundo término como actividad o plan para la demostración de dichas afirmaciones en el proceso –plan probática- no se refiere como tal ni a verificación ni a convicción, de manera que debe quedar esta noción de prueba como probática como una idea errática o hipertrofia del concepto.

---

[65] Respecto a la "operatividad" del hecho o sus fases, dice MUÑOZ SABATÉ que desde que el hecho ocurre hasta que se representa en el proceso ocurren los siguientes fenómenos, naturals o jurídicos: a. La estampación del hecho en el medio; b. La búsqueda y hallazgo de dicha estampación (heurística); c.El interés jurídico por el traslado de la estampación al proceso (juicio de admisibilidad de la prueba); d. El traslado valiéndose de los "medios de prueba"; y e. La representación del hecho histórico mediante la decodificación del mensaje. Ob. cit. p. 87.

[66] Lluís MUÑOZ SABARÉ. Introducción a la Probática. p. 202.

4.7. Prueba como actos de investigación.

Muy relacionado con el punto anterior, expresamos que el hecho tiene dos características esenciales: estampabilidad y traslatividad. Ocurrido el hecho que puede tener relevancia jurídica en el marco de un proceso judicial, este deja huellas o vestigios en personas, lugares, cosas –estampación- y los interesados deben realizar una activiad "probática" para investigar y y hallar el hecho, para luego afirmarlo en sus pretensiones y diseñando el plan probático demostrarlo o acreditarlo en el proceso por los "medios" correspondientes –traslación- para así generar convicción judicial por verificación a través de comparación. Precisamente la probática antes y fuera del proceso, se presenta como la investigación de los hechos ocurridos y el hallazgo de sus "fuentes", actos cuya competencia corresponde a los que llama MUÑOZ SABATÉ "sujetos institucionalizados" –abogado, fiscal, detective, policía- unas veces a los detectives privados, a las partes o a los abogados, especialmente en los procesos civiles en general, otras veces al fiscal del Ministerio Público y a los órganos de investigación, como sucede en el proceso penal por imperativo de ley, esto último que se realiza en el proceso penal –venezolano- en la denominada "fase preparatoria" cuya finalidad esencial es realizar actos de investigación y recabamiento de "fuentes" probatorias que sirvan para fundamentar eventualmente una acusación, así como para la defensa.

De esta manera el sistema de procedimiento penal acusatorio venezolano se presenta en fases o etapas a saber: a. Fase preparatoria o de investigación; b. Fase intermedia o preliminar; c. Fase de juicio; d. Fase de recursiva; y e. Fase de ejecución. La primera de ellas es la que en este momento ocupa nuestra atención, por ubicarse en él precisamente los "actos de investigación" que hemos tomado como acepción hipertrofiada de prueba judicial al confundirse actos de investigación con actos de prueba, incluso al subrepticiamente pretender –como generalmente hace el Mnisterio Público- hacer pasar actos de investigación como de pruebas capaz de crear convicción judicial, por lo que será en este momento del procedimiento donde ubicaremos nuestro estudio.

Nuestro actual procedimiento penal venezolano dejó atrás el sistema inquisitivo que consistía en un modo de instruir y juzgar hechos punibles en el que el judicante y el investigadpr o instructor se confudían en una misma persona, cuya finalidad principal radicaba en conferir una mayor eficacia a la investigación del hecho punible previa audiencia del acusado, sistema que como consecuencia de la confusión de los sujetos señalados -como característica esencial- conducía a comprometer seriamente el principio de imparcialidad judicial, incluso en la propia investigación donde la función del juez sumariador o instructor prácticamene consistía en recolectar elementos de incriminación dejando a un lado los que eventualmente pudieran servir de exculpación y para la defensa. Este sistema inquisitivo –insistimos- trae

como característica esencial la confusión de la persona del investigador, acusador y juzgador, más concretamente, el juez se convertía en investigador, sin perjuicio de la existencia de otras características como la escriturada en cuanto a la forma de procedimiento, la división entre el sumerio y plenario, la valoración tasada de las pruebas.

Tras todos los problemas que presentó el procedimiento inquisitivo que regió durante la vigencia del Código de Enjuciamiento Criminal, con la entrada en vigencia en el año de 1998 del Código Ogánico Procesal Penal, se sustituye aquel vieje sistema por el "acusatorio" cuya principal y esencial caracterízación viene dada por la separación y definición de los actos que corresponden a cada uno de los sujetos en la investigación y en el proceso, especialmente en cuanto al judicante, a quien ya no le corresponde la función ni de investigar ni de acusar, pues ahora solo debe juzgar –de ahí que como indica la doctrina que hemos citado en puntos anteriores, el juez no investiga o averigua sino que verifica los hechos investigados y afirmados por las partes como fundamento de sus pretensiones-. Este modelo acusatorio como nos dice Jordi NIEVA FENOLL,[67] supone la presencia del un juez y de un acusador en el proceso, cuyos roles se separan y no confuden, permitiendo autonomía en la acusación y el cumplimiento del derecho de imparcialidad judicial, sin perjuicio de la previsión y necesidad de una investigación "imparcial", completa o integral a cargo del órgano instructor –para nosotros el fiscal del Ministerio Público- cuya finalidad no se limita a determinar los elementos constituitvos del hecho criminoso para fundamentar eventualmente una acusación, sino también todas aquellas actividades que sirvan a la defensa, pues la investigación puede desembocar en un acto conclusivo que no necesariamente sea la acusación; también y por lo menos en nuestro actual sistema penal, la acusación en delitos de acción pública corresponde de oficio al Estado por conducto del Ministerio Público –artículos 11 y 24 del Código Orgánico Procesal Penal- con la posibilidad del querellamiento y acusación privada de la víctima, así como su adhesión a la acusación fiscal –artículo 112 y 309 *ejusdem*- en tanto que y respecto de los delitos de acción privada, la acusación queda en manos de la víctima, de manera que insistimos en esa característica fundamental de la separación de los actividades de investigación, acusación y juzgamiento por parte de sus titulares, incluso y respecto a la investigación, el mismo Código Orgánico Procesal Penal regula que la misma debe ser integral, de manera que no solo sirva para fundamentar una acusación, sino para averigur la inocencia respecto de la persona a quien se le imputa un hecho punible y la realización de actos de investigación que también pueden servir a la denfesa, aún y cuando en nuestro actual sistema "constitucional" pero "antigarantista" el tema no es tan claro, pues se hay quienes piensan que el Ministerio Público en algunos casos sigue considerando –como en el sistema inquisitivo que aunque no

[67] Jordi NIEVA FENOLL. Fundamentos de Derecho Procesal Penal. Editoril. IB de F. Edisofer. Buenos Aires, 2012. pp. 9 y ss.

vigente todavía queda en la mente del fiscal represor- que los actos de investigación son sólo para buscar elementos de convicción y fuentes de inculpación, sin considerar eventualmente que dichos actos también pueden conducir a la exculpación y servir a la defensa –artículo 263 *ibidem*- hasta el punto que el propio Código Orgánico Procesal Penal de corte acusatorio, regula de manera inconstitucional en el artículo 287 la facultad del fiscal del Ministerio Público de controlar la pertinencia y utilidad de las peticiones o solicitudes que pueda hacer el imputado respecto a la realización de actos de investigación, pudiendo negarlas y dejando constancia de su opinión contraria, vale decir, que ni siquiera la norma en cuestión se refiere al deber de "motivar" la negativa sino simplemente a una "constancia" de la opinión contraria, norma –insistimos- inconstitucional y que pone de manifiesto que el imputado no tiene un derecho absoluto que deba ser respetado en la investigación, lo que compromete seriamente esa investigación "integral" que debe asegurarse en el marco de un debido proceso.

La fase de preparatoria, de investigación o instrucción, es de carácter preprocesal y oficial -aúnque y como sucede en nuestro sistema, se incluye dentro del propio proceso penal- a cargo del Ministerio Público y de los órganos de policía de investigación, cuya finalidad esencial es la recogida de huellas, vestigios o más concretamente de "fuentes" de convicción –con vocación probatoria- respecto a la comisión de un delito y la identificación de su agente comisor, realizado –como indicamos- previo al proceso y que sirve para fundamentar la acusación como acto conclusivo, sin perjuicio que como actividad integral sirva para la exculpación y la defensa, vale decir, preparar el juicio oral y público. Así conforme al artículo 262 del Código Orgánico Procesal Penal, esta fase tendrá por objeto la preparación del juicio oral y públcio, mediante la investigación de los hechos, de la verdad y la recolección de todos los elementos de convicción –fuentes- que permitan fundar la acusación del fiscal del Ministerio Público y la defensa del imputado, incluso y en los términos del artículo 263, deberá hacer constar los hechos y circunstancias que sean relevantes no solo para fundamentar la inculpación del imputado sino también aquellos que sirvan para su exculpación, pues y como dijimos, como actos conclusivos no necesariamente debe llegarse a una acusación sino que también puede haber una petición de sobreseimiento.

De esta manera el fiscal del Ministerio Público en la fase de preparatoria y a través de los actos de investigación realiza tanto una actividad "heurística" como "probática" tendiente a la averiguación y constancia de la comisión del delito, sus circunstancias atenuantes y agravantes que puedan influior en su calificación, identidad de los sujetos que cometieron el hecho y el aseguramiento de las "fuentes" de rueba que en caso de acusación, admisión y de abrirse o iniciarse el proceso penal con la contínua realización de la audiencia oral y pública, deben ser llevadas al judicante a través de los correspondientes "medios" que deben ser propuestos por el acusador para crear convicción judicial por verificación a través de comparación; de manera que los actos realizados tanto por el Ministerio Público como por los órganos

de policía de investigación en etapa preparatoria, no son actos de prueba sino meros actos de investigación, sin perjuicio de la posibilidad de anticipar "medios" probatorios.

MIRANDA ESTRAMPES define la instrucción criminal –nuestra fase preparatoria- como aquella donde se realizan actividades de investigación tendentes a la comprobación del delito y averiguación de la identidad del delincuente, además de referirse al conjunto de actos encaminados a asegurar los resultados del proceso consistentes, básicamente, en la adopción de las oportunas medidas cautelares personales y reales, concluyendo que […] *Vemos como la instrucción criminal se integra por actos de investigación o averiguación, y no por actos de prueba*."[68]

El desarrollo de la investigación criminal o penal nos dice GONZALEZ NAVARRO, tiene una dinámica que se adelanta a través de órganos con función de policía judicial, quienes tienen una libertad absoluta en sus funciones o actividades, por el contrario, afectando generalmente derechos fundamentales como la libertad, intimidad, propiedad, entre otros, requiere estar sujeto a unos postulados a la hora de ordenarse y ejecutarse, todo lo cual y por lo menos en nuestro sistema es garantizado o por lo menos debe ser velado y garantizado por un juez de Control de garantías. Dice el autor colombiano que las fases de la investigación pueden resumirse en las siguientes: a. Conocimiento del hecho delictivo; b. Comprobación del hecho delictivo; c. Diligencias preliminares y posteriories del hecho; Formulación de una hipótesis –que pueda ser aceptable, verificable y eventualmente no contradicha-; d. Planeación de la investigación; e. Recopilación y obtención de información; f. Fuenets de información; g. Manejo de información; h. Entrevistas; i. Análisis de información; y j. Informe y expediente.[69]

Pero **¿qué son actos de investigación?**

Por lo menos y respecto a nuestro sistema procesal penal, podemos considerarlos como actos realizados por el Ministerio Público y por los órganos de policía de investigación en la fase preparatoria, que tienden a la averiguación integral de la comisión de un hecho delictivo, sus eventuales elementos atenuantes o agravantes, la identificación de sus autores y recolección de "fuentes" con vocación probatoria, con la finalidad preparar eventualmente el juicio oral y público –decimos eventualmente pues no ncesariamente el acto conclusivo es la acusación- sirviendo para fundamentar la acusación y para la defensa.

Luego, los actos de investigación –como indicamos- son preprocesales, preparatorios de un eventual proceso oral, público y contradictorio, en cabeza esencialmente del Ministerio Público y donde el órgano jurisdiccional sólo actúa como contralor y velador del cumplimiento de los derechos

---

[68] Manuel MIRANDA ESTRAMPES. Ob. cit. pp. 263 y 264.

[69] Antonio LUIS GONZÁLEZ NAVARRO. Los Actos de Investigación en el Proceso Penal Acusatorio. Editorial Leyer. Bogotá, 2009. pp 189 y ss. Del mismo autor La Prueba en el Sistema Penal Acusatorio. Editorial Leyer. Bogotá, 2011.

constitucionales, donde se ubican dos actividades esenciales –ya mencionadas- a saber: la heurística de los hechos a través de la probática y la obtención y aseguramiento de "fuentes" probatorias, pero y como analizaremos, no pueden ser considerados como actos de prueba, como "prueba" que sirva para la convicción judicial por verificación a través de comparación, pues incumplen con principios esenciales que gobiernan la "prueba" judicial como la contradicción en audiencia pública y oral, así como la inmediación con el juez que ha de sentenciar, salvo el caso de la anticipación de "medios" lo que no se presenta ni con el aseguramiento de fuentes ni con su preconstitución, como actos preprocesales y de investigación.

Resulta importante destacar, tal y como lo explicaremos más adelante, que los actos de investigación no son actos de prueba, pues en el marco de nuestro actual Código Orgánico Procesal Penal, solo pueden considerarse como prueba de cargo capaz de destruir el estado de inocencia a través de una mínima actividad probatoria, aquella realizada en la audiencia oral pública y probatoria, con contradicción, inmediación, publicidad, concentración e imparcialidad ante el juez que ha de dictar la sentencia, tal como lo regulan los artículos 14, 15, 16, 17, 18 y 22 del precitado Código, salvo el caso de la anticipación de los "medios" probatorios en los términos y conforme al procedimiento y requisitos previsto en el artículo 289. También es importante observar que el propio Código Orgánico Procesal Penal en su Título IV y bajo la denominación de "Régimen Probatorio" regula temas relacionados con la prueba, más concretamente, las Secciones que van de la Primera a la Sexta, ubicadas en el Capítulo II del precitado Título IV, se denominan "De los Requsitos de la Actividad Probaoria", pero no debemos confundirnos respecto a lo que son actos de investigación y de prueba, pues en este título y a lo largo de sus capítulos se observan actos que no son de "prueba" aunque así se denominen, sino que se trata de actos de investigación, tal como sucede –actos de investigación- con la declaración de testigos –sean presenciales, mencionados, de oídas o referencia, agente encubierto, arrepentido delatante, de identidad reservada o sin rostro, técnico o calificado presencial o de opinión, declaración de funcionarios policiales, víctima, entre otros- entrada y registro en lugares cerrados y públicos, vehículos, personas, intervención y observación de comunicaciones y correspondencias, declaración del imputado, pericia o experticia científica; también actos que tienen como tema u objeto al imputado, como son el reconocimiento –de la víctima, del testigo, en rueda de individuos, de voces y sonidos, fotográfico, por medios técnicos, incluso reconocimiento de objetos- intervenciones e inspecciones corporales; tenemos como actos de investigación documentales, inspecciones oculares, reconstrucción de hechos, indicios –de capacidad para realizar el evento, de participación, motivo o móvil, de actitud o sospecha, de mala justificación, de preparación o planificación –premeditación- entre otros- medios electrónicos, levantamiento de cadáveres, autopsia, exhumación, entre otros.

Dicho esto y comprendiendo lo que son actos de investigación, así como el hecho que en el sistema procesal penal de manera indiferente se incluye a éstos como actos de prueba, más aún, se confunden como pruebas actos que son propios de la investigación y que no pueden servir por sí solos –salvo la anticipación del medio probatorio- para consittuir una prueba de cargo capaz de ser valorada por el juez y que destruya la presunción de inocencia, nos preguntamos: **¿Cuál es la diferencia entre actos de investigación y actos de prueba?**

Dice MIRANDA ESTRAMPES siguiendo a ORTELLS RAMOS que los actos de invesrtigación se diferencian de los actos de prueba fundamentalmente por los siguientes elementos:

a. En cuanto la diferencia estructural tenemos que los actos de prueba presuponen la realización de afirmaciones o enunciados de hechos que constituyen su objeto, afirmaciones o enunciados que las partes –acusador o acusado- realizan en sus escritos de acusación o defensa. Respecto a los actos de investigación se realizan con anterioridad a las afirmaciones o ennciados que fundamentan las diferentes pretensiones, pues y como dijimos, en la fase preparatoria, se está realizando esencilmente actos de heurística de los hechos y de probática para recabar fuente de pruebas, entre otras funciones. De esta manera es importante destacar, que no pueden considerarse a los actos de investigación como de prueba, cuando en etapa preparatoria no hay una acusación formal realizada, no existe una afirmación de hechos que imputen a un sujeto respecto a la comisión de un hecho punible, en otros términos, no puede hablarse de actos de prueba si los hechos no se han afirmado en una acusación y eventualmente en una defensa posterior. Destaquemos también aquí y respecto al aseguramiento de fuentes de prueba y preconstitución de fuentes, que se trata de actos de investigación y no de pruebas, pues no hay todavía una afirmación de los hechos; pero también y respecto a la anticipación de "medios" en los términos del artículo 289 del Código Orgánico Procesal Penal, si bien no es un acto de investigación, tampoco es una prueba como tal, hasta tanto se debata en el proceso y más aún, si todavía no hay una acusación, sumado al hecho de no existir imputado, correctamente tampoco puede calificarse como acto de prueba, simplemente como un delanto del "medio" de prueba ante circunstancias especiales, que debe ser debatido contradictoriamente en juicio oral.
b. Los actos de investigación se ubican en el seno de la investigación preliminar cuya finalidad es la preparación del juicio oral y público, más concretamente averiguar sobre el hecho delictivo, sus autores y recaber las fuentes probatorias, todo lo que tiende a fundamentar la acusación y la defensa del acusado; en tanto que los actos de prueba se realizan o ubican en el seno del proceso judicial cuya finalidad es la convicción judicial por verificación a través de comparación; más concretamente, los primeros como actos preprocesales tienen como fin la fundamentación de la

acusación o de la defensa y los segundos –actos de prueba- como actos procesales tienen como fin la convicción judicial.

c. Los resultados de los actos de investigación sirven durante la fase de preparación, para fundar la adopción de decisiones y medidas cautelares y en la fase de preliminar, para fundar la apertura a juicio oral, decisiones que no exigen que el juez tenga pleno convencimiento sobre la responsabilidad penal del imputado o acusado, así como de aquel que se afecte con las resoluciones, bastando para este momento con un mero juicio de probabilidad o verosimilitud objetiva, basado en datos fácticos o indicios más allá de meras ospechas o conjeturas; pero al momento de dictar sentencia se requiere de "pruebas" que conduzacan a un pleno convencimiento más allá de toda duda razonable que destruya la presunción de inocencia respecto a la responsabilidad del sujerto acusado de la comisión de un delito, de manera que no bastará una mera probabilidad o verosimilitud, caso en el cual necesariamente debe imperar la presunción de inocencia y conducir a una sentencia absolutoria.

d. Respecto al cumplimiento de los derechos constitucionales encontramos y especialmente en cuanto a la contradicción, los actos de investigación generalmente se realizan sin contradictorio –salvo el caso de anticipación de "medios" probatorios- vale decir, que en principio la contradicción no es absoluto en fase de preparación, hasta el punto que las actuaciones en esta etapa del proceso pueden ser reservadas –artículo 286 del Código Orgánico Procesal Penal- los actos de investigación, lo que no ocurre respecto a los actos de prueba, que necesariamente y en cumplimiento del debido proceso y de la tutela judicial efectiva, deben ser de carácter contradictorio, con inmediación y publicidad en audiencia oral ante el mismo juez que debe sentenciar, so pena de nulidad de la actividad probatoria.[70]

Concluyendo este apartado podemos decir que no puede considerarse a la "prueba" judicial como un acto de investigación –tampoco al actgo de investigación como prueba judicia- que sea capaz de conducir al convencimiento judicial, pues se trata de una actividad extraprocesal, preprocesal que carece del cumplimiento de derechos constitucionales procesales y probatorios fundamentales como la inmediación, concentración, publicidad y contradicción en el juicio oral y frente al juez que debe decidir. Los actos de investigación no pueden considerarse como actos capaces de servir para fundamentar una decisión judicial –insistimos- para crear convicción –prueba- de manera que resulta una hipertrofia o acepción errática de la versión de "prueba" judicial.

4.8. Prueba como actividad de verificación de las afirmaciones de las partes.

[70] Manuel MIRANDA ESTRAMPES. Ob. cit. pp. 99 y ss.

Perfilando una definición de prueba en sentido judicial, podemos observar que ésta tiende a verificar los hechos afirmados o enunciados por las partes, vale decir, a comprobar o constatar si dichas afirmaciones son ciertas o falsas, existieron o no los hechos afirmados, todo lo que se hace con el auxilio de las "fuentes" propuestas o promovidas que permiten al judicante comparar las mismas –afirmaciones de hecho con las fuentes- cuyo resultado en definitiva será el convencimiento judicial.

De esta manera y para que el judicante aplique al caso concreto una norma de la cual extraiga la consecuencia jurídica, se hace necesario que las partes hayan afirmado los hechos que son presupuesto de la norma y que hayan aportado los elementos que permitan su verificación o constatación –fuentes- de las cuales podrá extraerse la convicción respecto a los mismos, de lo contrario y ante la ausencia de pruebas, como sucedaneo debe aplicarse la carga probatoria. Consecuencia de lo dicho es que los hechos para que el juez pueda calificarlos y aplicarlos a una norma jurídica, previamente requiere de su fijación, establecimiento o constatación, esto es, tenerlos como ciertos, lo que podrá ser consecuencia de la aplicación de máximas de experiencia, por estar los hecho eximidos de prueba, por aceptación o confesión que de los mismos hagan las partes, por sucedaneo de prueba y más importante –respecto a nuestro tema- a través de la verificación como actividad que se realiza mediante la comparación entre afirmaciones o enunciados y "fuentes"; solo así podrá tenerse un hecho afirmado como cierto u ocurrido, fijándose como premisa menor sologística de la cual puede extraerse una consecuencia jurídica al activar la norma pertinente.

Observemos que la verificación primeramente se refiere a los hechos afirmados o enuncidos, no a los hechos bruto que no hayan sido afimados; también que es una actividad exclusiva del judicante con la ayuda de las partes que proporcionan las "fuentes", de manera que no puede considerarse esta postura o noción de la prueba como simple verificación de los "hechos a secas, ni que es una actividad compartida con las partes –aúnque contribuyen con la misma-. La prueba entendida como actividad de verificación resulta una noción correcta siempre que sea entendida debidamente en los términos señalados, pues precisamente como convicción judicial traducida en certeza, previamente requiere de la verificación o constatación de los hechos por compasión en los términso que hemos dejado sentado.

En la doctrina ubicamos dentro de esta corriente al maestro COUTURE, quien nos dice […] *Los hechos y actos jurídicos son objeto de afirmación o negación en el proceso. Pero como el juez es ajeno normalmente a esos hechos sobre los cuales debe pronunciarse, no puede pasar por las simples manifestaciones de las partes, y debe disponer de medios para verificar la exactitud de esas proposiciones. Es menester comproba la verdad o falsedad de ellas, con el objeto de formarse convicción a su respecto. Tomada en su sentido procesal la prueba es, en consecuencia, un medio de verificación de*

las proposiciones que las partes formulan en el juicio." [71]De ahí que con acierto se indique que la prueba no es "averiguación" sino "verificación" de los hechos afirmados, en otras palabras, el juez no averigua o investiga los hechos –heurística- pues esto corresponde las partes, el juez verifica, constata o comprueba los hechos afirmados para crearse convicción respecto a su verdad o falsedad, eixtencia o inexistencia.

También ALSINA adopta esta noción señalando que la prueba es comprobación –verificación- judicial, por los modos que la ley establece, de la verdad de un hecho controvertido del cual depende del derecho que se pretende.[72] No obstante diremos la impresión respecto a que no se trata de comprobación del hecho sino de la afirmación o enunciado del hecho.

En cuanto a la prueba como "verificación" mediante "comparación" dice MIRANDA ESTRAMPES,que permite determinar el mecanismo de funcionamiento de la prueba, su esencia o naturaleza, siendo exclusivamente el juez a quien corresponde realizar tal actividad, con colaboración de las partes al aportar las "fuentes" a través de los "medios" e interviniendo en su prpactica, pero siendo únicamente al juez a quien exclusivamente le corresponde, con posterioridad la realización de dichos actos procesales –verificación por comparación de las afirmaciones de las partes comforme al resultado de los medios practicados; que la actividad de verificación no es propia del proceso civil, sino que se extiende al procesdo penal, de manera que su naturaleza es la misma, vale decir, que es una institución procesal universal aplicada a todo proceso judicial seal cual fuere su materia.[73]

Concluyendo este punto diremos que efectivamente la prueba judicial tiende a "verificar" los hechos ennciaciones o afirmados por las partes como fundamentos de sus diversas pretensiones, actividad que corresponde al juez mediante la comparación con las "fuentes" probatorios para crearse convicción respecto a la verdad o no de tales afirmaciones, de manera que la verificación o comprobación es una actividad procesal del juez, previa y necesaria a la convicción, la cual sólo podrá obtenerse respecto a los hechos afirmados o negados y acreditados o verificados por los procedimientos legales según las fuentes existentes en el proceso; luego de la verificación tendremos la convicción que dara paso a la aplicación de la norma jurídica, interpretación y extracción de la consecuencia aplicada al caso, actividades estas realizadas en el marco de criterios racionales, razonables, lógicos y correctos.

4.9. Prueba como convencimiento judicial o certeza.

[71] Eduardo J., COUTURE. Fundamentos del Derecho Procesal. Tercera edición (póstuma) Reimpresión inalterada. Editorial Depalma. Buenos Aires, 1997. p. 217.
[72] Hugo ALSINA. Ob. cit. T. III. p. 225.
[73] Manuel MIRANDA ESTRAMPES. Ob. cit. pp. 31 y 32.

Comencemos diciendo que esta acepción del término "prueba" se refiere a su concepción finalista y subjetiva, vale decir, al fín último de la prueba y al sujeto a quien se dirige este fin. En la primera proposición –fín último de la prueba- destacamos que en el marco del proceso judicial y según su dialéctica, ante dos versiones contrapuestas sobre los hechos afirmados en las diversas pretensiones-demandante y demandado, acusador y acusado en proceso contradictorio- las partes buscan reconstruir los hechos en el proceso para convencer al juez respecto a una de las versiones, a cuyo efecto deberán producir los "medios" que conduzcan las "fuentes" al proceso para ponerlas en contacto con el judicante, quien a través de ellas puede constatar o verifificar la verdad o falsedad, existencia o inexistencia de los enunciados contenidos en aquellas pretensiones, actividad que realizará mediante la comparación –entre fuente y afirmaciones- utilizando criterios de valoración racionales, razonables, lógicos, congruentes e imparciales, siempre en el entendido –especialmente en el marco de procedimientos orales- que el único medio que es capaz de conducir a la convicción judicial es aquel practicado en juicio oral con contradicción o bilateralidad, concentración, inmediación y publicidad.

La "prueba" en su noción finalista se traduce en su resultado, vale decir, en la convicción judicial respecto a los hechos afirmados por las partes, de manera que toda la actividad anterior, donde destacan las diferentes acepciones sobre el término prueba, tienden a crear la convicción judicial, la certeza respecto a los hechos relevantes, pertinentes y controvertidos en el proceso, que permitirá al judicante establecer los hechos concretos del caso y buscar, intepretar y aplicación la norma jurídica correcta que tenga la capacidad y potencia para resolver el caso concreto produciendo la consecuencia constitutiva, extintiva, impeditia, invalidativa, modificativa, inculpativa o exculpativa pretendida por las partes en sus escritos conforme a los hechos afirmados o enunciados y a las peticiones –*petitum*- realizados, ello dentro del marco de un debido proceso regido por el principio ispositivo y de congruencia.

Lo dicho nos permite afirmar que la prueba ha de entenderse como el resultado de toda esa actividad probatoria ya analizada en puntos anteriores, traducido ena convicción judicial o certeza sobre los hechos afirmados y discutidos y nos explicamos. Como señalaremos en el punto que sigue al definir "prueba" judicial, resulta necesario incluir esas diferentes acepciones del término, desde que el hecho ocurre hasta su valoración, hasta la obtención de la prueba, de manera que –y como hemos repetido- el hecho que puede tener relevancia jurídica al ocurrir deja impresa o estampada su huella en diferentes "fuentes", personas, lugares, objetos, cosas, para lo cual los interesados deben realizar un actividad heurística o de investigación sobre dichos hechos y fuentes –brutos- así como de probática, para luego afirmarlos o enunciarlos como fundamento de pretensiones –hechos institucionales y hecho nuclear- que de ser refutados por el acusado o demandado en el proceso bilateral y contradictorio –procesos contenciosos- requiere de la realización de una actividad probatoria a cargo de las partes, para llevar al

juez las "fuentes" que permitan reconstruir los hechos pasados y sirvan para verificar la verdad o no de tales afirmaciones, lo que harán a través de la proposición de los "medios" legales, pertinentes y lícitos para ser tratados con contradicción, inmediación y publicidad en el proceso. Estas actividades de las partes en definitiva buscan –concepción finalista- convencer al juez respecto a los postulados afirmados por una de las partes, de manera que el judicante hará un acto de comparación entre las fuentes y los enunciados, valorando racional y razonablemente los "medios" aportados, de los cual podrá extraer su convicción judicial, la certeza sobre los enunciados, siendo esto último la prueba como tal, vale decir, un actividad judicial excliusiva del juez, que es el resultado de toda una actividad extraprocesal y procesal de las partes y eventualmente del órgano jurisdiccional, que le permite obtener la convicción o certeza sobre los hechos afirmados.

Pero **¿qué es esta certeza?**

Sin perjuicio que más adelante analizaremos el problema de la verdad y la prueba, importa en este momento decir que certeza no es sinónimo de verdad, mucho menos de verdad absoluta sobre los hechos o sobre las afirmaciones o enunciados de los hechos, pues la certeza es un estado del convencimiento que no escapa al error.

La certeza es un estado o grado del conocimiento –nivel mental del sujeto cognoscente respecto al objeto de conocimiento, que en nuestro caso y para la prueba es el juez- que se traduce en la ausencia de toda duda y que aplicada a los hechos afirmados en el proceso judicial se traduce, en que dichas afirmaciones han sido acreditadas o demostradas al judicante, reconstruidas en el proceso por las "fuentes" aportdos por los "medios", que le permite a éste –juez- dar por sentado o establecido que un hecho afirmado ocurrió o no según como fue afirmado o enunciado, a partir de lo cual podrá buscar, intepretar y aplicar una norma jurídica, operación compleja ésta que es lo que permite decir que la sentencia es justa, con Justicia en el marco de un proceso debidpo cuyo fin es ése –la justicia del caso- como Valor Superior del ordenamiento jurídico, donde la norma jurídica es consecuencia de la afirmación y acreditación de los hechos nucleares debatidos.

De esta manera podemos observar que no podemos identificar la certeza o convencimiento con la verdad, pues esta por lo menos en el proceso judicial, siempre es relativa, resultando más adecuado identificar la certeza con la eventual "verdad", existencia o no de las afirmaciones que hacen las partes en sus pretensiones, especialmente cuando y como hemos anotado a lo largo de este estudio, lo que también haremos al tratar el tema de la prueba judicial, la actividad probatoria y la certeza no recae sobre los hechos, sino sobre la afirmación o enunciación de los mismos, de manera que la certeza o convicción es sobre las afirmaciones, no sobre los hechos en bruto.

Al estudiar los grados de conocimiento, TARUFFO no dice por ejemplo que estos van desde la verosimiltus hasta la certeza, siendo los mismos: a. Verosimilitud; b. Probabilidad; c. Certeza; y d. Duda. Veamos brevemente los mismos.

Respecto a la "**verosimilitud**" cuando nos referimos a que una proposición o afirmación es verosímil nos estamos refiriendo a que tiene apariencia de verdad, de verddera. TARUFFO la define como la capacidad para representar una cierta realidad, como la aproximación de la aserción a la realidad de la que se ocupa y dice […] *De forma análoga se puede decir que un cuadro es "verosímil" si se sostiene que representa bastante fielmente un determinado objeto; se puede decir que la descripción de un hecho verosímil si es correcto suponer que existe un hecho similar al descrito. Por tanto sustancialmente la verosimilitud indica el grado de capacidad representativa de una dscripción respecto a la realidad*." En otro momento nos dice que […] *verosimilitud sirve para designar aquel aspecto de la aserción sobre un hecho en función del cual se puede decir que ésta se corresponde con una hipótesis plausible, según el orden "normal" de las cosas, en una situación en la que esa aserción no haya sido sometida todavía a verificación probatoria o demostrativa*."[74] Indica el maestro italiano que la verosimiltud no expresa conocimientos o grados de conocimiento, ya que éstos son suministrados por los elementos de prueba de la aserción del hecho, mientras que la verosimilitud prescinde de los eleemntos de prueba y –en el proceso- es relevante en momentos anteriores a la adquisición de pruebas; que el juicio de verosimilitud no se predica respecto a la relación de aproximación o representación de una aserción o afirmación sobre le hecho respecto a la realidad, sino a la existencis de razones para sostener que la misma –aserción o afirmación- es verdadera.

Para SENTIS MELENDO, se trata de apariencia de verdadero, creíble, que no ofrece carácter de duda.[75]

Podemos decir entonces que la "verosimilitud" es una hipótesis respecto a una aserción o afirmación de un hecho no probado, posible o plausible con apariencia de verdad, según el orden normal de las cosas, no fundamentado en pruebas sino en elementos del razonamiento comparativo, que se acomoda con las máximas de experiencia; por criterio en contrario "inverosímil" se traduce en incertidumbre, apariencia de falso, duda, incredibilidad.

La "**probabilidad**" siguiendo a TARUFFO, ha de entenderse como todo aquello que puede ser demostrado por conducto de medios probatorios; aquello que no es falso, pero que ciertamente no es verdadero, que requiere de medios de prueba para su demostración o verificación. Dice el maestro italiano que que la probabilidad –cuantitativa- se obtiene de las consideraciones precendentes que el problema de la determinación del hecho no tiene que ver con certeza absoluta alguna y consiste en cambio, en la dterminación del grado de fundamentación que puede atribuirse a la hipótesis de la existencia del hecho;

---

[74] Michele TARUFFO. La Prueba de los Hechos. pp 183 y ss.
[75] Santiago SENTÍS MELENDO. Ob. cit. p. 93

que la exclusión de la certeza absoluta del conjunto de los objetivos alcanzables por medio del conocimiento empírico, y especialmente en la determinación juiciales de los hechos, conlleva que nos situemos en el ámbito de la incertidumbre, vale decir, de conocimientos y juicios de los que únicamente se puede decir, en línea de principio, que no tiene fundamentación absoluta, completa e indispensable, de manera que frente a problemas de éste género, la reacción más común y difundida consiste en razonar, también a propósito de la determinación judicial del hecho, en términos de probabilidad. Si una afirmación no puede fundamentarse en una verdad absoluta, al menos puede conseguir un sustituto aceptable, como o será la probabilidad, la verdad probable.[76]

De esta manera diremos que la "probabilidad" puede considerarse como un grado de conocimiento donde ante la ausencia de una verdad absoluta respecto al hecho afirmado en el proceso y acreditado por los medios probatorios, vale decir, de una verdad relativizada, como sustituto aceptable de esa verdad absoluta podemos apoyarnos en la probabilidad para alcanzar el grado máximo de conocimiento: la certeza.

La "**certeza**" es el grado de conocimiento máximo que se produce en la mente cuando hay ausencia de duda, cuando el enunciado o afirmación es producto de la aprehensión de lo verdadero alejado de todo error o duda sobre el enunciado y el objeto sobre el cual recae el conocimiento –objeto cognoscitivo. En el marco del proceso judicial la decisión debe ser producto de un razonamiento lógico, crítico, jurídico, razonable y racional, donde el judicante pueda explicar porqué llega a la conclusión que un enunciado o afirmación respecto a los hechos debatidos es verdadero en el sentido de certeza, lo que se obtendrá con la verificación de enunciados afirmados al ser comparados con las "fuentes" aportadas.

ROCHA ALVIRA al tratar el tema de la certeza nos dice que la prueba es un medio para establecer la "certeza", considerada como pesuación de la verdad, entendida ésta como la conformidad de la idea con la cosa o con el hecho.[77] Lo dicho por el maestro colombiano lo podemos analizar de dos maneras a saber: la primera referida a la identidad de "certeza" y "verdad"; la segunda referida a que la certeza se presenta como el fin de la prueba acreditativa de la verdad, entendida no como concepto filosófico sino jurídico, de conformidad o comparación entre la idea o la cosa con el hecho afirmado.

Por su parte la "**duda**" es un estado mental de vacilación de ausencia de certeza sobre una afirmación o enunciado, luego de de su comparación con las "fuentes", que no permiten una verificación de los enunciados y consecuencialmente convicción; pero también la duda puede ser como consecuencia la ausencia de material probatorio –incumplimiento de *onus probandi-* o por su insuficiencia, casos en los cuales en el marco del proceo civil el juez debe aplicar el sucedaneo de prueba para dictar la sentencia, lo

---

[76] Michele TARUFFO. Ob. cit. pp. 190 y 191.
[77] Antonio ROCHA ALVIRA. Ob. cit. p. 22.

que en el proceso penal de resuelvo bien por la primacia del estado de inocencia –presunción de onicencia- o respecto a la valoración de las fuentes, con el *indubio pro reo*.

Por último encontramos el "**error**", entendido como una aprehensión de lo falso en la construcción del juicio lógico, que puede ser consecuencia de un falso juicio de legalidad, de existencia, de identidad, de convicción, de valoración, de razonamiento.[78]

Dicho esto volvemos al punto inicial, respecto a la noción o acepción de "prueba" judicial como convicción, debe entenderse como "certeza", en su significado de una ausencia de tods duda y de error respecto a los enunciados o afirmaciones de hechos expuestos en el proceso por las partes como fundamentos de su pretensión, no identificado con la verdad sino con la afirmación sobre los hechos; más si lo queremos ver en una concepción respecto a la "verdad" diremos que se trata de la ausencia de duda respecto a la verdad afirmada por las partes que se traduce en una verdad relativizada y no absoluta.

Pero dijimos que esta acepción en su estudio también tiene otra poroposición, como lo es el sujeto a quien se dirige el fin de la prueba, vale decir, quien debe convencerse sobre los hechos afirmados, quien debe tener un estado lógico y de conocmiento basado en la certeza, como lo es el juez, de manera que en esta noción de prueba tenemos que se trata de una actividad netamente procesal de convicción o certeza judicial respecto a las afirmaciones fácticas que fundamentan las pretensiones de los sujetos procesales. La prueba es en definitiva convicción judicial, certeza sobre los hechos afirmados.

Una vez que nos hemos paseado por las diferentes acepciones sobre lo que se entiende o no po "prueba" judicial, no queda definirla y caracterizarla, lo cual haremos en el punto que sigue, sin perjuicio que ya hemos adelantado bastante sobre el tema.

5. DEFINICIÓN DE PRUEBA JUDICIAL. Definición de la doctrina. Nuestra definición. Caracterización de la definición ofrecida.

Para ofrecer nuestra definición sobre "pruebas" judiciales previamente se nos antoja pasearnos por las diferentes definiciones que han dado los doctrinarios al respecto, lo que haremos comenzando por la doctrina italiana con el maestro CHIOVENDA para quien la prueba –probar- significa crear convencimiento del juez sobre la existencia o la inexistencia de hechos de importancia en el proceso.[79] Destacamos de esta definición la noción o acepción finalista de la prueba judicial como convencimiento, más resulta objetable la falta de referencia a la forma como se obtiene ese convencimiento –comprobación de los hechos afirmados con las fuentes propuestas por los medios- así como la

---

[78] Véase nuestro trabajo Tratado de Recursos Judiciales. Estudio garantista de los medios recursivos. Editorial Paredes. Caracas, 2012. pp. 647 y ss.

[79] Guiseppe. CHIOVENDA. Ob. cit. V. III. p. 161.

circunstancia que el precitado convencimiento no es como tal sobre el hecho, sino sobre las afirmaciones o enunciados de hechos que hacen las partes como fundamento de sus pretensiones, toido en los términos expuestos en los puntos precedentes.

REDENTI sin perjucio de considerar las diversas acepciones de prueba en su carácter subjetivo –convicción judicial- objetivo –medios de prueba- y como actividad o procdimiento, concibe la prueba como las observaciones o inferencias que el juez extrae, por medio de los sentidos primeramente y de la inteligencia despupes, de cosas materiales o de episodios, actos o hechos del proceso, en cuanto determinen su convicción respecto al hecho.[80] Observemos de la definición su sentido subjetivo y finalista respecto a la convicción judicial no sobre las afirmaciones de hecho sino sobre los hechos como tal, basado en razonamientos inferenciales y observaciones extraidos por el juez de sus sentidos e inteligencia –posiblemente se refiere al análisis críticos e interno del judicante cuando analiza las fuentes y las compara con los hechos afirmados-.

CARNELUTTI, dice que probar significa demostrar la verdad de una proposición afirmada, incluso señala, que más que demostrar la verdad de los hechos discutidos en el proceso, es determinar o fijar formalmene los hechos mismos mediante un procedimiento determinado; define la prueba como […] *demostración de la verdad de un hecho realizado por los medios legales (por modos legítimos) o más brevemente, demostración de la verdad legal de un hecho."*[81]Al igual que los anteriores, se refiere a una noción subjetiva y finalista del concepto, con la reperación que se refiere a la demostración de los hechos, lo que denota primeramente que coloca la prueba como actividad de partes –proposición de medios que aporten pruebas- y en segundo término no se refiere a los hechos enunciados o afirmados.

El maestro ROCCO como indicamos en otro momento, también hace una referencia a la diferenciación de "prueba" y "medio" de prueba, el primero como proposición de la existencia o de la verdad de los hechos, por obra de las partes, a los cuales vinculan ellas efectos jurídicos –nacimiento, modificación, extinción de las relaciones jurídicas, impedimento al surgimiento de las relaciones jurídicas-; también como control de la verdad o de la existencia de los hechos propuestos y afirmados por las partes, que implica la actividad de las partes y del órgano jurisdiccional.[82]

Para LIEBMAN la prueba son los medios que sirven para dar conocimiento de un hecho, para proporcionar la demostración y para la formación de la convicción de la verdad del mismo.[83] Luego

---

[80] Enrico REDENTI. Ob. cit. T. I. p. 281.
[81] Francesco CARNELUTTI. La Prueba Civil. Traducción de Niceto Alcalá-Zamora y Castillo. Ediciones Depalma. Buenos Aires, 1982. pp. 43 y 44.
[82] Ugo ROCCO. Tratado de Derecho Procesal Civil. Vol. II. Parte General. Editorial Temis-Depalma. Buenos Aires, 1970. p. 193
[83] Enrico Tullio LIEBMAN. Manuel de Derecho Procesal Civil. Traducción de Santiago Sentís Melendo. Ediciones Europa-américa. Buenos Aires, 1980. p. 274.

observemos la inclusión en la definición de la noción objetiva –prueba como medio- y subjetiva –prueba como convicción- esto último no respecto a la afirmación o enunciado de los hechos expuestos por las partes como fundamentos de sus diferentes pretensiones, sino sobre el hecho a secas.

Para RICCI la prueba no es un fin en sí mismo sino un medio dirigido a la consecución de un fin, que consiste en el descubrimiento de la verdad.[84] Obsérvece la noción de prueba como medio probatorio, actividad de partes y no como convicción judicial; también se aprecia una identidad de la prueba con la verdad y no con los afirmados por las partes, lo que apareja el problema de determinar y comprender qué debe entenderse por verdad, vale decir, si se trata de una verdad material de los hechos o una verdad relativizada que se acomode más a la probabilidad y llegue en consecuencia a la certeza o convicción.

MICHELI nos dice respecto al punto que analizamos que la convicción acerca de la existencia o no, el modo de ser de los hechos de la causa debe formarse en el proceso, a través de medios instructorios especiales, que precisamente son las pruebas propiamente dichas, procedimientos que pueden servir para controlar la validez de ciertas pruebas o para proporcionar el juez los medios de valoración de las pruebas.[85] Véase un confusionismo en la utilización del término prueba para referirse a las diferencias acepciones que se integran en el concepto, entremezclando nociones subjetivos y objetivas, además de las procedimentales como actos procesales.

En la escuela alemana conseguimos a KISCH citado por BELLO LOZANO,[86] quien indica que en materia de pruebas se parte de la materia primaria de que si la ley asocia consecuencias jurídicas a determinados efectos jurídicos, la parte que pretenda obtener en el litigio esos determinados efectos, necesitará primero afirmar y alegar materias específicas, pero no basta la mera afirmación para ser tenidas en cuenta, sino que se requiere evidenciar su existencia, siendo de éstos postulados de donde nace la necesidad de probar.

Para SHÖNKE prueba es la actividad de las partes y deltribunal encaminados a proprcionar al juez la convicción de la verdad o falsedad de un hecho. [87]

ROXIN nos dice que probar significa convencer el juez sobre la certeza de la existencia de un hecho.[88]

---

[84] Francisco RICCI. Tratado de las Pruebas. Tomo primero. Editorial La España moderna. Madrid, sin fecha. p. 18

[85] Jean Antonio MICHELLI. Curso de Derecho Procesal Civil. Volumen II. El proceso contencioso de cognición. Traducción de Santiago Sentís Melendo. Ediciones Jurídicas Europa-América. Buenos Aires, 1970. p. 88.

[86] Humberto BELO LOZANO. Ob. cit. T. I. p. 9.

[87] Adolfo SHÖNKE. Ob. cit. p. 198.

[88] Claus ROXIN. Derecho Procesal Penal. 25ª edición. Traducción de Gabriela E. Córdoba y Daniel R. Pastor, revisada por Julio B.J. Maier. Editorial del puerto S.R.L. Buenos Aires, 2000. p. 185.

El maestro inglés Jeremías BENTHAM en su "Tratado de las Pruebas Judiciales" que data del siglo XIX -1835- concibe la prueba como un hecho que se da por supuesto como verdadero, que se considera como debiendo servir de modo de credibilidad acerca de la existencia o no de otro hecho. Dice que la prueba comprende al menos dos hehcos distintos a saber: uno que puede llamarse hecho principal, que es el que se trata de probar que existe o no existe; y el otro el hecho probatorio, que es lo que se emplea para probar el sí o el no del hecho principal.[89] Observemos la concepción objetia y subjetiva del término prueba al que ya hemos hecho referencia, así como otras observaciones como la falta de precisión respecto a que el tema de las prueba son los enunciados o afirmaciones.

En España comencemos con SILVA MELERO quien nos indica que sin entrar a diferenciar las diferentes acepciones de la palabra prueba, interesan desde el punto de vita las procesales, entendiendo como prueba lo equivalente a justificar, manifestar, demostrar o hacer patente la crteza del hecho, corroborar, confirmar, verificar, aclarar, averiguar o cerciorarse, entre otras expresiones, sin que se agote su contenido. Que desde el punto de vista procsal el concepto de prueba va unido a la finalidad de obtener la certeza procurando el convencimiento judicial, en relación a la verdad o falsedad de una afirmación o a la existencia o inexistencia de un hecho.[90]

Jaime GUASP,[91] señala que la prueba constituye la actividad que se propone demostrar la existencia o inexistencia de un hecho y la verdad o falsedad de una afirmación, existiendo dos orientaciones posibles para trazar su concepto a saber: Una primera orientación, de carácter sustantivo o material, que es la que define la prueba como aquella actividad que se propone demostrar la existencia o inexistencia de un hecho, la verdad o la falsedad de una afirmación, lo que arranca desde un punto de vista sólido, pero que ofrece el inconveniente de su imposibilidad práctica, puesto que la real obtención en el proceso de una demostración de este tipo es teóricas y prácticamente imposible; y la segunda -orientación formal- según la cual, precisamente por esta imposibilidad teórica y práctica, la prueba debe configurarse como un simple mecanismo de fijación formal de los hechos procesales, un uso de determinados procedimientos legales con los que simplemente se controlan de modo convencional, las alegaciones de las partes, orientación que tiene un carácter más realista que el anterior, pero que ofrece el inconveniente de concebir la prueba como una institución de carácter netamente artificial. Concluye el maestro español expresando que ambas concepciones, material y formal, pueden superarse si se ve en la prueba, no una actividad sustancialmente demostrativa ni de mera fijación formal de los datos, sino un

---

[89] Jeremías BENTHAM. Tratado de las Pruebas Judiciales, por Esteban Dumout. Tradición de Don José Gómez de Castro. Edición colombiana dirigida por Eduardo Cajica. Ediciones nueva jurídica. Boogotá, 2000. pp. 10 Y 11.
[90] Valentín SILVA MELERO. ob. cit. T. I. p. 31.
[91] Jaime GUASP, ob. cit.

intento de conseguir el convencimiento psicológico del juez con respecto a la existencia o inexistencia, la veracidad o la falsedad de los datos mismos.[92]

ASENCIO MELLADO indica que la prueba es auella actividad de carácter procesal cuya finalidad consiste en lograr la convicción del juez o tribunal acerca de la exactitud de las afirmaciones de hecho operadas por las partes en el proceso. Dice el maestro español que de la definición pueden extraerse de las siguientes características: a. Las prueba es eminentemente actividad procesal, que aunque puede ser ejercida por el órgano jurisdiccional, pertene a las partes conforme a a los determinados y específicops medios y procedimiento, no teniendo la consideración de prueba aquellas actividades realizadas fuera del proceso; b. Con la prueba no se pretende convencer al juez acerca de los hechos, sino sobre sus afirmaciones realizadas por las partes, única información allegada al proceso; c. La prueba tiene como finalidad logrfar el convencimiento del órgano jurisdiccional acerca de la realidad de los hechos afirmados.[93]

Para MONTERO AROCA la prueba es la actividad procesal por la que se tiende a alcanzar el convencimiento psicológico del juzgador sobre la existencia o inexistencia de los daros que han sido aportados al proceso. Que respecto al proceso civil español la prueba puede definirse, como la actividad procesal por la que se tiende , bien a alcanzar el convencmiento psicológico del juez sobre la exitencia o inexistencia de los datos aportados al proceso, bien a fijarlos conforme a una norma legal.[94]

SENTÍS MELENDO define la prueba como razón o argumento, instrumento u otro medio con que se pretende mostrar y hacer patente la verdad o falsedad de una cosa.[95]

Para MUÑOZ SABATÉ la prueba es verificación de afirmaciones formuladas por las partes, relativas en general, a hechos o excepcionalmente a normas jurídicas, que se realizan utilizando fuentes las cuales se llevan al proceso por determinados medios.[96] Observemos de este concepto casi impecable, su complejidad y comprensión de los diferentes elementos o acepciones del término prueba, donde se incluye el derecho como tema de prueba judicial, aunque podría hacerse el reparado que no se incorpora al concepto el fin de la prueba, como lo es el convencimiento o certeza de los hechos afirmados al ser verificación por comparación, llegando hasta la verificación.

---

[92] Jaime GUASP. Derecho Procesal. Cuarta edición. Revisada y adaptada por Pedro Arangoneses. Tomo I. Introducción. Parte general y procesos declarativos y de la ejecución ordinaria. Editorial Civitas. Madrid, 1998. pp. 300 y 301.

[93] José María ASENCIO MELLADO. Derecho Procesal Civil Parte primera. Editorial Tirant lo Blanch. Valencia, 1997. pp. 151 y 152.

[94] Juan MONTERO AROCA. Juan Luís GÓMEZ COLOMER, Alberto MONTÓN REDONDO y Silvia BARONA VILAR. Derecho Jurisdiccional II. Derecho. Proceso Civil. 17ª edición. Ediciones Tirant lo Blanch. Valencia, 2009. p. 249.

[95] Santiago SENTÍS MELENDO. Ob. cit. p. 35.

[96] Lluís MUÑIZ SABATÉ. Curso de Probática Judicial. pp. 22 y ss.

PRIETO CASTRO, citado por BELLO LOZANO al referirse a la noción de pruebas, observa que la misma es fundamental para el proceso, ya que de la acción, excepciones y defensas, derivan los hechos jurídicos a los que la ley asocia consecuencias que tratará de evitar el demandado, por lo que prueba no solo es necesaria en el ámbito del proceso civil, sino que es de necesidad más apremiante en el proceso penal, por las características e intereses puestos en juego en esta clase de procesos; así para que un tribunal penal declare la existencia de responsabilidad criminal e imponga una sanción penal a una determinada persona, es preciso que adquiera la certeza del cometimiento de la infracción penada legalmente y de la autoría del hechos, es decir, el tribunal ha de convencerse de la veracidad de determinados hechos, los cuales se adquirirán a través de los medios de prueba que se utilicen en el proceso, de aquí el concebir a la prueba, como los elementos o medios con los que puede constituirse la realidad pre-teórica, pudiéndosela considerar igualmente como fin, objeto, materia de proceso, o actividad que se realiza dentro de él.[97]

Por último destacamos la impecable, completa y compleja definición que nos ofrece MIRANDA ESTRAMPES sobre la prueba procesal, en los siguientes términos: […] *aquella actividad del juzgador, posterior a la averiguación de los hechos relevantes para el proceso, consistente en la comprobación de la exactitud de las afirmaciones fácticas realizadas por las partes procesales en sus escritos de alegaciones, mediante la comparación con las afirmaciones obtenidas a través de los diferentes medios de prueba practicados, a instancia de las partes o, en su caso, de oficio por el Juez, encaminada a formar su convicción.*”[98]

En la doctrina argentina encontramos a ALSINA, para quien la prueba es la comprobación judicial, por los modos que la ley establece, de la verdad de un hecho controvertido del cual depende el derecho.[99]

PALACIO sin ofrecer una definición concreta sobre la prueba, nos indica que sin llegar al extremos de caificarla como un mero procedmiento de fijación formal de los hechos controvertidos, resulta adecuado circunscribir la finalidad de la actividad probatoria a producir en el ánimo del juzgador una certeza, no lógica ni matemática, sino psicológica sobre la existencia o inexistencia de los hechos afirmados.[100]

Para GOZAÍNI probar es verificar, confirmar o demostsrar, es na actividad para demostrar o persuadir al juez, por los medios correspondientes, sobre las razones, verdad o certeza de las alegaciones o negaciones que hacen las partes.[101]

---

[97] Humberto BELLO LOZANO. Ob. cit. T. I. p. 10.
[98] Manuel MIRANDA ESTRAMPES. Ob. cit. p. 102.
[99] Hugo ALSINA. T. III. p. 225.
[100] Lino Enrique PALACIO. Ob. cit. T. IV. p. 330.
[101] Osvaldo Alfredo GOZAÍNI. Ob. cit. pp. 207 y ss.

JAUCHEN indica que un sentido más estrictamente técnico-procesal, se puede enunciar la conceptualización de prueba como el conjunto de razones que resultan del total de los elementos introducidos al proceso y que le suministran al juez el conocimiento sobre la existencia o inexistencia de los hechos que conforman el objeto del juicio y sobre el cual debe decidir.[102]

La prueba según BACRE es la actividad realizada por los sujetos del proceso, a través de los medios autorizados por la ley, previstos o no en ésta, con el fin de lograr la convicción judicial respecto a la existencia o inexistencia de los hechos alegados como fundamento de la pretensión o de la defensa.[103]

KIELMANOVICH expresa que la prueba judicial en sentido estricto, es un procedimiento para la fijación de los hechos de interés para la litis, no admitidos expresa o tácitamente, a partir de las concretas fuentes –personas o cosas- que el ordenamiento jurídica determina o autoriza en la especie, con abstracción de que el mismo hubiese alcanzado o no para formar la convicción del juez acerca de su probable existencia o inexistencia, según las reglas de la sana crítica o libre convicción o las reglas de prueba legal, tasada o tarifada.[104]

En México Humberto BRISEÑO SIERRA señala que la prueba podría definirse como la eficiente producción de un objeto de conocimiento mediante la aplicación de la fórmula dada por su propia legalidad científica, de manera que se trata de un resultado, tal como también lo es el objeto a probar.[105]

En la doctrina colombiana comencemos con el gran maestro Hernando DEVIS ECHANDÍA, quién respecto al concepto de prueba en su contenido esencial, se refiere a ella como razones o motivos que se extraen de los medios de prueba y que permiten determinar la existencia o inexistencia de los hechos, más aún, que permiten llevar al judicante la certeza sobre los hechos. En este sentido señala que […] *Probar es aportar al proceso, por los medios y procedimientos aceptados en la ley, los motivos o las razones que producen el convencimiento o la certeza del juez sobre los hechos. Prueba judicial (en sentido particular) es todo motivo o razón aportado al proceso por los medios y procedimientos aceptados en la ley, para llevarle al juez el convencimiento o certeza sobre los hechos. Y se dice que existe prueba suficiente en el proceso, cuando en él aparece un conjunto de razones o motivos que producen el convencimiento o la certeza del juez respecto de los hechos sobre los cuales debe proferirse su decisión, obtenido por medios, procedimientos y sistemas de valoración que la ley autoriza."*[106]

---

[102] Eduardo M., JAUCHEN. Ob. ci. P. 19.
[103] Aldo BACRE. Ob. cit. T. III. p. 18.
[104] Jorge KIELMANOVICH. Teoría de la Prueba y Medios de Probatorios. Editorial Abeledo-Perrot. Buenos Aires, 1996. pp. 21 y 22.
[105] Humberto BRISEÑO SIERRA. Derech Procesal. Volumen IV. Editorial Cárdfenas. México, 1970. p. 327
[106] Hernando DEVIS ECHANDÍA. Ob. cit.T. I. pp. 33 y 34.

Para ROCHA ALVIRA probar consiste en poner de manifiesto la verdad de los hechos en su modo preciso de ser o de haber sido y de infundir sobre su existencia y modalidades una convicción llevada hasta el límite que en cada caso se exige.[107]

AZULA CAMACHO define la prueba judicial como un acto procesal por medio del cual se lleva al juez el convencimiento de los hechos materia de la controversia.[108]

Para FIERRO-MENDEZ la prueba es la resultante del proceso de verificació o comprobación de la hipótesis, que se logra a través de la acción probatoria.[109]

En Uruguay el maestro COUTURE define la prueba como un método de verificación de las proposiciones de las partes.[110]

Ya en nuestras fronteras la prueba fue definida por SANOJO, como el hecho cierto y conocido, del cual se deduce otro hecho acerca de cuya existencia hay alguna controversia entre las partes. [111] Obsérvese que el concepto de prueba se identifica con los indicios.

Los ilustres y recordados probacionistas patrios BELLO LOZANO[112] y BELLO LOZANO MÁRQUEZ,[113] al ensayar un definición de pruebas judiciales nos enseñaron en su momento, que son las razones o argumentos tendientes a demostrar en un proceso jurisdiccional, la existencia o inexistencia de los hechos controvertidos afirmados o negados por las partes y sobre los cuales recaerá la actividad jurisdiccional, que conformarán la premisa menor silogística producto de el establecimiento de los hechos, en otros términos, la razón o argumento tendiente a demostrar la verdad o falsedad de los hechos afirmados o negados sobre los cuales se litiga en le proceso. Luego de la definición de nuestros antecesores –meditos e inmediatos- dstacan los siguientes elementos característicos: a. Las pruebas judiciales solo recaen sobre hechos; b. Los hechos que son tema de la prueba son las afirmaciones o negaciones expuestas por las partes que sean controvertidas, descartándose aquellas afirmaciones o negaciones expresa o tácitamente reconocidas; c. Las pruebas judiciales contienen la razón o argumento tendiente a demostrar al juzgador la verdad o falsedad de los hechos debatidos en el proceso conforme a las afirmaciones de las partes; y d. Las pruebas judiciales tienen por finalidad acreditar los hechos controvertidos, para ser tenidos como ciertos y formar la premisa menor del silogismo judicial o cuestión de hecho, vale decir, la convicción o certeza judicial respecto a los hechos enunciados por las partes.

---

[107] Antonio ROCHA ALVIRA. Ob. cit. p. 21.
[108] Jaime AZULA CAMACHO. Manuel de Derecho Probatorio. Editorial Temis. Bogotá, 1998.
[109] Heliodoro FIERRO-MENDEZ. La Prueba en el Proceso Penal. Sistema acusatorio. p. 60. También en La Prueba Ilícita e Ilegal. Efectos jurídicos en el proceso penal. p.43.
[110] Eduardo J., COUTURE. Ob. cit. p. 219.
[111] Luis SANOJO. Cita de Humberto BELLO LOZANO. Ob. cit. T. I. p. 11.
[112] Humberto BELLO LOZANO. Ob. cit. T. I. p. 10.
[113] Humberto BELLO-LOZANO MARQUEZ. Ob. cit. p. 109.

Luego del recorrido de la doctrina respecto a lo que se define como prueba judicial, nos toca el momento de ofrecer **nuestra definición** en los siguientes términos: *Es una actividad exclusivamente del judicante y como consecuencia de ellos procesal, posterior a la heurística o investigación de los hechos brutos pasados u ocurridos, que aún preexistiendo en el presente que pueden tener significación probatoria, consistente en la verificación o comprobación de la exactitud, verdadad o falsedad de los hechos –excepcionalmente del derecho- enunciados o afirmados por las partes como fundamento de sus pretensiones –demanda, contestación, acusación o defensa- como hechos institucionales, mediante la comparación con las "fuentes" trasladadas al proceso por la "actividad" de las partes o allegados por el judicante mediante su actividad oficiosa, a través de los "medios" legales y permitidos en el marco de un debido proceso, regido por principios de contradicción, publicidad e inmediación, conforme a los "procedimientos" establecidos, para crear la "convicción" judicial, vale decir, la certeza no exenta de error.* De la definición destamos los siguientes elementos característicos:

a. Es una actividad netamente procesal y jurisdiccional, correspondiente al juzgador quién es el sujeto de la verificación por comprobación de los hechos afirmados por las partes y consecuencialmente de la convicción o certeza.

b. Es un acto procesal posterior a la heurística y probática de los hechos, actividades éstas de investigación o averiguación que no correspondel al udciante y que son exclusiva de las partes, quienes tienen el interés de reconstruir y llevar al proceso los hechos brutos afirmados y de los cuales pretenden extraer consecuencias jurídicas al ser presupuestos de normas que regulan derecho y obligaciones.

c. En sí la prueba consiste en verificación, comprobación o establecimiento de los hechos enunciados o afirmados por las partes, lo que se hace por comparación con las "fuentes" aportadas por las partes al proceso a través de los "medios" propuestos por ellas u ordenadas oficiosamente por el judicante.

d. La comprobación por comparación antes dicha, es consecuencia de las "actividades" procesales y probatorias de las partes encaminadas a la aportación de las "fuenets" al proponer o promover los "medios", que deben ser legales, pertinentes, relevantes y lícitos, en el marco del cumplimiento de las normas legales y constitucionales que regulan el tema del procedimiento probatorio.

e. La ya mencionada comprobación por comparación no se refiere a los hechos como tal, sino a la afirmación o enunciado de hechos expuestos por las partes como fundamento de sus diversas pretensiones –demanda, contestación, acusación, defensa- de manera que esta verificación no es como tal sobre una verdad absoluta sino más bien, sobre una eventual verdad procesal o relativizada, que ante el problema

sobre la posibilidad de que la prueba sirva para descubrir o no la verdad, incluso, si la misma es la verdad material o procesal, resulta más conveniente alejar la prueba del tema de la verdad y centrarla en la verificación o establecimiento de las proposiciones, afirmaciones o enunciados que hacen las partes. En este sentido cuando se dice que en el proceso hay prueba de un hecho, se refiere a que existe la comprobación de una afirmación fáctica realizada, como consecuencia de una actividad de comparación entre la "fuente" y el "medio".

f. La prueba como noción finalística y subjetiva tiene como finalidad la convicción o certeza judicial, referido a la ausencia de toda duda respecto a los enunciados o afirmaciones sobre las partes, alejado de todo error, aunque el mismo no es descartable como grado de conocimiento que inficiona la sentencia.

g. La prueba como concepto procesal y jurisdiccional, que aplica en un proceso que debe ser constitucional y garantista, necesariamente la única fuente y el único medio que puede ser tenido para la comprobación por comparación y conducir a la convicción o certeza judicial, es aquella que se rija por un debido proceso, conforme a los principios de contradicción, publicidad e inmediación, en los términos y condiciones legales y constitucionales, de manera que ha de excluirse aquella prueba lesiva del proceso debido, especialmente la ilícita –en sentido general, no solo respecto a la fórmula de obtención, de manera que incluye la incprorada al proceso en forma indebida-.

h. Por último destacamos que la prueba en su noción finalística, subjetiva, jurídica, constitucional y procesal, se diferencia de las "fuentes"; de los "medios", de las "actividades" probatorios, de la "heurística" y la "probática", de la "afirmación de los hechos", de la "razón" o "argumento" y de los "actos de investigación", en los términos que hemos expuesto precedentemente.

6. PANORAMA GENERAL DE LA PRUEBA JUDICIAL.

Presentada nuestra definición de "pruebas" judiciales, en este apartado nos interesa presentar un panorama general de su aplicación, lo que involucra el término prueba en sus diferentes nociones para permitirnos observar o tener una visión general de la operancia de la actividad probatoria en general en el marco de un proceso judicial.

De esta manera hemos dicho que en el proceso judicial, la medida del éxito viene dada por quien logre demostrar los hechos institucionales afirmados o enuncidos como fundamento de sus pretensiones,

en busca de un resultado concreto y favorable, al ser el presupuesto de la norma jurídica contentiva de la consecuencia jurídica constitutiva, extintiva, impeditiva, modificativa o exceptiva buscada –peticionada- más aún, quien logre el convencimiento judicial al poderse verificar las afirmaciones de hecho determinadas valorativamente como indica TARUFFO.[114] En este sentido debe insistirse que la corona del tribunfo judicial no viene dada por quien alegue o afirme más o mejor los hechos, tampoco por quien alegue o afirme hechos más o menos sólidos, incluso más interesantes o más consistentes, por el contrario el ganancioso en el proceso será aquel sujeto que logre convencer al juez, que logre influenciar en el ánimo interno del operador de justicia, para aceptar como cierta y real una de las dos verdades –relativizadas- o afirmaciones de hecho que se ventilan en el proceso.

Así el actor fundamenta pretensión en un conjunto de hechos institucionales –constitutivos, extintivos, impeditivos o invalidativos y modificativos- que constituyen la verdad –relativizada o formal- de sus afirmaciones o negaciones, lo cual también corresponde al acusador en el proceso penal; en tanto que el demandado cuando se excepciona también se fundamenta en un conjunto de hechos -constitutivos, extintivos, impeditivos o invalidativos y modificativos- que constituyen la verdad –relativizada de sus afirmaciones o negaciones –lo que también incluye al acusado en el proceso penal- enunciados fácticos que es la consecuencia de la investigación o heurística y la probática de los hechos brutos, que en el sistema de procedimiento penal corresponde al fiscal del Ministerio Público y a los órganos de policía de investigación a través de los actos de investigación. De esta manera en la dialectica procesal y concretamente en los procedimientos de corte contencioso, se presentan un verdadero litigio o controversia respecto a los hechos afirmados y negados, vale decir, ante la existencia de dos "verdades" relativizadas de las cuales solo una puede alzarse, siendo aquella que logre reconstruirse por los "medios" que conduzcal al proceso las "fuentes" que permitan al judicante comprobar su existencia o no, verdad o no a través de la comparación que en definitiva producirá convicción judicial.

Pero no necesariamenten en el proceso las partes lograrán proponer los "medios" y aportar las "fuentes", incluso, de despelgarse esa actividad puede suceder que se presente una insuficiencia probatoria o falta de convencimiento del juez, en cuyo caso y ante el incumplimiento del *onus probandi*, el judicante debe acudir al sucedaneo de prueba –carga de la prueba- para aplicar la consecuencia correspondiente, sin perjuicio de la presunción de inocencia que quedará inalterada en el proceso penal conduciendo a una absolución del acusado, incluso como consecuencia de la aplicación de *in dubio pro reo*, esto último como norma de interpretación del material probatorio aportado al proceso que se encuentra dirigida al judicante y que se aplica, en caso de duda sobre su resultancia –convencimiento- conduciendo

[114] Michele TARUFFO. Ob. cit. p. 18.

a una interpretación favorable al acusado –estado de inocencia como el *in dubio* son principios antónomos e independientes aún cuando tienen un mismo origen: el *favor rei*-.

Si bien la prueba es un concepto de noción procesal y judicial, es importante resaltar que toda la actividad probatoria que por supuesto incluye la prueba en su noción finalística y subjetiva, comienza antes del proceso –con la heurística y la probática- donde encontramos nociones extraprocesales, metajurídicas, anteriores al proceso e indepediente de éste, como sucede con la "fuente" de prueba.

El proceso judicial como proceso cognoscitivo o de conocimiento, se despliega a través de actos procesales, posteriores a los actos extraprocesales, consistenete en un conjunto coordinado y concatenado de actos que es consecuencia del ejercicio de la "acción" y que mira hacia la "jurisdicción", en su concepción privatista o finalista busca la solución de conflictos mediente la aplicación de la ley en los casos concretos; en tanto que en su concepción publicista tiende al mantenimiento de la paz y transquilidad de los coasociados. En este sentido el "proceso" discurre en un "procedimiento" que busca alcanzar el "juicio" jurisdiccional justo, razonable, racional, lógico, congruente y no errático, que sea el producto de la verificación de los hechos por comprobación, de la certeza judicial sobre los hechos afirmados y de la aplicación de la norma jurídica correctamente interpretada en el caso concreto para vincular con carácter indiscutible, inmodificable, eventualmente irrecurrible y coercible a las partes –también a terceros a quienes se les extiendan los efectos del proceso según el tipo de derecho tratado: derechos colectivos o difusos-.

Este proceso judicial cognicitivo descrito atraviesa por etapas, como la alegatoria, probatoria, decisoria, recursiva y de ejecución. La primera conformada fundamentalmente por dos actos procesales, tales como lo son la demanda y su contestación, así como por la acusación y la defensa para el proceso penal, que comienza con la presentación de libelo de la demanda como acto procesal iniciatorio del proceso, a través del cual se ejerce la "acción" y que contiene la "pretensión", el cual debe cumplir los extremos de ley correspondientes según el tipo de materia que se trate, todo sin perjuicio de los criterios que consideran que el proceso como tal, no inicia con la demanda sino con su admisión, incluso de otros puntos de vista que consideran que el proceso realmente comienza antes de la demand, con la heurística y la probática.

En la demanda o acusación se plantean los hechos institucionales que fundamentan la pretensión, lo que por bilateralidad del concepto de "acción" y "pretensión" en los procedimientos contenciosos, como parte de los actos que conforman la etapa alegatoria nos topamos con la "contradicción" o defensa en sentido general y más concretamente con las "excepciones" en sentido concreto, lo que se materializará en la contestación de la demanda o defensa respecto a la acusación, contentiva de las afirmaciones o negaciones de hecho también institucionales que fundamentan la excepción. Los precitados actos al

entremezclarse o confrontarse, concretamente con la contestación de la demanda o la defensa a la acusación se produce la traba de la litis, delimitándose el tema controvertido respecto a los hechos y excepcionalmente sobre el derecho, así como el tema a probar y decidir, son perjuicio de la excepcionalidad de aportación o incorporación de nuevos hechos, hechos sobrevenidos o de conocimiento nuevo; pero también se determinan los hechos controvertidos, los hechos admitidos, aceptados o confesados por las partes, se determinada la carga probatoria y se da inicio a la etapa probatoria para que las partes aporten los medios que sirvan para incorporar las fuentes que servirán al juzgador para verificar a través de la comparación y crearse certeza respecto a los hechos afirmados o negados para fundamentar su decisión judicial.

Por su parte la etapa probatoria estará dibujada por diversos actos que van desde la promoción de los "medios" que sirven para aportar las "fuentes", publicación de las pruebas –para el caso civil- la oposición o contradicción a la prueba, su providenciación, recurribilidad, evacuación –sea en forma escrita u oral en los procedimiento de este corte con inmediación, contradicción o bilateralidad, publicidad, imparcialidad y concentración en audiencia o juicio oral- control, derecho a presentar conclusiones, observaciones, informes o alegatos finales respecto a la actividad probatoria y especialmente la apreciación y valoración de las fuentes en la sentencia, todo sin perjuicio de actividades de anticipación de medios.

Por último la etapa decisoria se conformsará por actos esenciales como informes, observaciones, conclusiones o alegatos finales, eventualmente autos para mejor proveer y la sentencia como acto fundamental –no único- de la jurisdicción. Nos quedan las etapas recursivas y de ejecución que excusamos su tratamiento por no importar por lo menos en este apartado.

En el marco de un panorama general de la actividad probatoria y de la prueba judicial, diremos en definitiva que esta –actividad probatoria en general- se ubica a lo largo de todo el proceso, incluso fuera de él cuando nos referidos a las "fuentes", a la "heurística" y a la "probática", esta última que también se desarrolla en el marco del proceso judicial. También debemos dstacar que el problema del sistema de la prueba, es tan amplio que no se limita al estudio de la prueba judicial y su noción o acepciones, sino que y siguiendo a CUOTURE,[115] su estudio debe ser abordada a través de las diferentes interrogantes que permiten perfilar por lo menos su teoría general o parte general a saber: ¿Qué es la prueba? –panorama general, nociones, acepciones, definición, caracterización, finalidad, naturaleza de la norma que lo regula; ¿Qué se prueba? –estudio de los hechos y sus afirmaciones como tema de la prueba, el Derecho como tema de la prueba y las excepciones en ambos casos-; ¿Cómo se prueba? –Análisis de los diferentes medios probatorios, su procedimiento, problemática-;¿Cuándo se prueba? –lo que

---

[115] Eduardo J., COUTURE. Fundamentos. p. 216.

comprende el momento de la aportación de las fuentes de prueba y de la proposición de los medios-; ¿Quién prueba? –referido a la carga de la prueba y en él la presunción de inocencia-; y finalmente a la forma como el juzgador apreciará y valorará las fuentes probatorias para crear certeza o convicción, que atiende a la pregunta ¿Cómo se valoran las pruebas?.

7. NATURALEZA JURÍDICA O CARÁCTER DE LAS NORMAS PROBATORIAS.

La importancia de la determinación de la naturaleza de la prueba judicial, estriba en el hecho de saber si la misma pertenece al derecho sustantivo o adjetivo o procesal. Al resepcto la doctrina sostenida por los modernos procesalistas enseña que las pruebas pertenecen al campo procesal, ya que tanto en su aplicación como en su estudio toca de lleno esta actividad, aunque su regulación enumeración y características se encuentre en textos sustantivos, pues los conceptos corresponden a su verdadera esencia y no a su inserción en uno u otro cuerpo.

De esta manera y como hemos visto, partidiendo de las diferentes nociones del término "prueba" ubicamos actividades que si bien no son "prueba" en sentido procesal ayudan a su formación lo que pudiera estar ubica en un concepto o definición mayor de "derecho probatorio" o actividad probatoria en general, tal como por ejemplo sucede con el estudio de las "fuentes" de prueba, la heurística o investigación de los hechos brutos –incluso la probática fuera y antes del proceso- los actos de investigación, así como el aseguramiento y preconstitución de fuentes, que insistimos, si bien no pueden estar comprendidos en un concepto de prueba judicial por su necesaria exclusión al ser actividades metajurícas y extraprocesales, sí pueden ubicarse un una noción o definición de derecho probatorio. Pero ya en una noción de prueba en sentido procesal, necesariamente debe limitarse en general a las acepciones del término prueba ya en el marco del proceso judicial, comprendiendo "medios" para la proposición de "fuentes", actividades probatorios, lapsos probatorios, carga de la prueba, verificación o comprobación de hechos por comparación, apreciación y valoración como convicción o certeza judicial, tratamiento oral, público, contradictorio, con concentración e inmediación de los "medios" probatorios al momento de trasladar al proceso las fuentes, de manera que observamos la expresión de las actividades procesales que en general tienen una noción de prueba y en concreto como actividad de convicción.

El tema de las fuentes probatorias y de la probática –antes del proceso- por lo general no está o debe estar regulado, aunque por ejemplor en el proceso penal encontramos como formando parte del proceso a lo actosde investigación –que no son prueba-; pero y respecto a las demás actividades y

especialmente a la convicción o certeza judicial, su regulación se observa en la ley -donde puede ubicarse un sistema tasado o libre valoración- tano de carácter sustanciva o material como adjetiva o procesal, circunstancia esta que plantea el problema de determinar la naturaleza material o procesal de las normas probatorias –insistimos- como consecuencia de su ubicación. De esta manera y por ejemplo el Código Civil y el Código de Comercio regulan el tema de la prueba, como acontence con la previsión de los diferentes medios probatorios, requisitos, características, forma de impugnación y valor probatorio; pero también las leyes adjetivas o procesales como el Código Orgánico Procesal Penal, el Código de Procedimiento Civil, la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, la Ley de Tierras y Desarrollo Agrario, la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, la Ley de Procedimiento Marítimo, la Ley Orgánica para la Protección de Niñas, Niños y Adolescentes, entre otras leyes que regulan procedimientos jurisdiccionales, contemplan o regulan normas referidas al tema probatorio, tales como actos, procedimientos, requisitos, principios, medios, valoración, en general, por lo que debe insistirse, ¿Cuál es la naturaleza jurídica de las normas sobre la prueba judicial?

Otro problema que se presenta para determinar la naturaleza de la norma probatoria o sobre la prueba judicial y como se verá en otra oportunidad, es precisamente su carácter de derecho fundamental y constitucional, incluso, sin limitarnos a la definición procesalística de la prueba como acto judicial de comprobacióno verificación de afirmaciones por comparación para la convicción o certeza judicial, creemos que desde la noción constitucional y garantista más que un derecho a la prueba judicial es el derecho al "sistema de pruebas" que comprende la noción procesal, finalista y subjetiva referida, de manera que en los términos de los artículos 2, 26, 49 y 257 constitucionales, el tema de la prueba en general o del "sistema de prueba" como lo hemos querido denominar, al estar constitucionalizado presenta el problema de la determinación de su naturaleza más allá del mero aspecto material y/o procesal.

Pero veamos lo que al respecto a dicho la doctrina, para lo cual observamos a PRIETO CASTRO citado por BELLO LOZANO,[116] quien explica -en sentido amplio- que el derecho civil regula la constitución de las relaciones jurídicas y la adquisición de derechos subjetivos, pero no estatuye nada sobre la determinación –judicial- de la existencia de las primeras, ni acerca de la efectividad o asegura miento de los segundos; sus preceptos están dirigidos a las partes como destinatarios, les señalan normas de conducta, les conceden derechos y les imponen cargas, convirtiéndose en normas para el juez -que ha de fallar- en virtud de la obligación que tiene de hacer efectivo en el caso concreto el derecho objetivo; en tanto el derecho procesal civil tiene como objeto la regulación de las instituciones y de los requisitos

[116] Humberto BELLO LOZANO. Ob. cit. T.I. pp. 13 y 14.

previos de la tutela judicial de los derechos, la clase, la forma y efectos de esta protección y el procedimiento para obtenerla.

GUASP al referirse a la naturaleza jurídica de las pruebas, enseña que existen dos clases de pruebas: una material y una procesal o judicial, en sentido estricto. La primera de ellas -prueba material- es aquella que en el ámbito de las relaciones jurídicas regidas por el derecho material, se destina a la justificación de la existencia de determinados acaecimientos de la vida real; no teniendo como finalidad específica la convicción psicológica del juez, ni de ningún destinatario personal determinado, sino simplemente acreditar objetivamente el dato a que la prueba se refiere, es decir, proporcionar en definitiva legitimaciones para el tráfico jurídico, abstracción hecha de cualquier repercusión procesal en que ulteriormente pueda pensarse. En cuanto a la prueba procesal o judicial –agrega- es aquella que se dirige a producir la convicción psicológica del juez, en un sentido determinado con respecto a un dato o conjunto de datos procesales, donde ya no hay que hablar de justificaciones objetivas, sino de comprobaciones personalmente dirigidas a un sujeto particularizado, de donde concluye que la prueba pertenece al derecho procesal y por tanto no debe ser regulada en los textos materiales, como sucede en sustantivos.[117]

Por su parte SILVA MELERO indica que si bien la prueba puede tener valor extrajurídico y conexiones claras con el derecho sustantivo, esto no significa que todas las normas probatorias, desde el punto de vista de su naturaleza jurídica, tengan este carácter por la razón de su finalidad. Aduce que en último término, prueba Material y prueba procesal pueden valorarse como dos instituciones diversas, en que es posible percibir elementos comunes, pero en tanto se desenvuelven dentro del proceso, a los fnes de obtener el convencimiento judicial sobre la existencia o inexistencia de un hecho afirmado por las partes, rsulta bastante claro que su naturaleza ha de ser procesal, aún cuando su regulación pueda aparecer en el derecho sustantivo. Concluye señalando que considerar como pertenecientes al derecho sustantivo las normas reguladoras de la pruea, puede ser una cuestión discutible u opinable, pero en lo que no hay duda es del carácter procesal de las que regulan su *modus operandi*.[118]

MONTERO AROCA al referirse a la naturaleza jurídica de las normas sobre pruebas, expresa que los procesalistas y los civilistas franceses de principios del siglo XIX, los que realizaron el *Code Civile* de 1804 y el *Code de Procédure Civile* de 1806, partían de distinguir dentro de la prueba entre normas materiales y normas procedimantales, orientación ésta que repercutió en todos los ordenamientos legales que de una u otra manera inspiraron el Código Civil francés, pero que en tiempos actuales esta distinción es totalmente insostenible, dado que el criterio de colocación de la norma en un cuerpo legal u otro no

---

[117] Jaime GUASP. Ob. cit. T.I. pp. 301 y ss.
[118] Valentín SILVA MELERO. Ob. cit. T. I. p 40.

pueden servir para la determinación de la naturaleza de la norma sobre pruebas, ya que las mismas vienen determinadas por el ámbito en que incide la consecuencia jurídica de la norma en sí. Explica que las pruebas son procesales cuando sus consecuencias jurídicas se proyectan sobre la potestad jurisdiccional, sobre las situaciones jurídicas de los sujetos procesales y sobre los actos que integran el proceso, incluidos los requisitos y efectos de esos actos, por lo que las normas sobre pruebas, son eminentemente de derecho procesal.[119]

Son partidarios de la tesis referida a que la prueba entra solo en el campo civil, Leo ROSEMBERG en Alemania y en Argentina Isidoro EISNER; en tanto que CHIOVENDA, CARNELUTTI y Manuel DE LA PLAZA, se inclinan por una posición ecléctica, la cual pareciera ser la posición adoptada por nuestra legislación, donde las normas reguladoras de las pruebas, se encuentran tanto en los textos sustantivos como adjetivos.

Entre nosotros nuestro antecesor indirecto el maestro BELLO LOZANO, nos indica que las pruebas judiciales se encuentran en el campo del derecho procesal, por lo que su naturaleza es enteramente procesal o adjetiva, ya que no obstante a que las normas probatorias se hayan tanto en textos sustantivos como adjetivos, éstas tienen por objeto regular la actividad probatoria que se desplegará en el proceso jurisdiccional, para demostrar en él la existencia o inexistencia de los hechos afirmados por las partes y debatidos en la contienda judicial, ello no obstante a reconocerse el carácter material de las disposiciones legales que consagran las pruebas, todo en función de los siguientes razonamientos: a. La mayoría de los hechos, actos y negocios jurídicos para su desarrollo no necesitan del remedio extremo del proceso, pero cuando las partes acuden al órgano jurisdiccional a terminado el conocimiento extraprocesal; y b. Cuando culmina el conocimiento extraprocesal, dando nacimiento de ésta manera al litigio, se requiere de la prueba.[120]

Sin perjuicio de lo anotado, entendiendo y sumándonos a la idea que la prueba procesal sólo tiene sentido procesal, al tener como finalidad la convicción o certeza del juez respecto a los hechos enunciados por las partes, creemos que no puede descuidarse que el tema de la prueba hoy se ubica como un derecho fundamental y constitucional, que puede ubicarse en un concepto no limitativo de derecho a la prueba judicial, sino de derecho al sistema de pruebas que comprenderá tanto el tema de la prueba en su noción preprocesal o metajurídica –como el aseguramiento y preconstitución de las fuenets, la heurística y la probática antes del proceso- como en su noción procesal –conforme a sus diferentes acepciones estudiadas. Consecuencia de lo señalado es que pareciera que ya no es tan importante la

[119] Juan MONTERO AROCA. *La Prueba en el Proceso Civil*. p. 29.
[120] Humberto BELLO LOZANO. Ob. cit. pp. 13 y ss.

discusión sobre la naturaleza sustantiva o procesal de la prueba –sustantividad o adjetividad de la prueba- al comprender que su verdadera naturaleza es constitucional, tal y como lo trataremos en otro momento.

8. FINALIDAD DE LA PRUEBA JUDICIAL.

Si hemos estado atentos al estudio hecho hasta aquí, podemos fácilmente comprender sin mayores problemas que la finalidad de la prueba judicial no es otro que la verificación, constatación o comprobación de los hechos al ser comparado con las fuentes propuestas por los medios, para crear convicción o certeza judicial como grado de conocimiento del judicante respecto a los hechos enunciados o afirmados por las partes. De esta manera mediante la prueba judicial no se busca el convencimiento de las partes, ni la del Ministerio Público en el proceso penal, tampoco de la colectividad como sujetos controlares de la actividad jurisdiccional, sino que y como dijimos del judicante, quién debe motivar la sentencia tanto en la cuestión fáctica como *iuris* para convencer y persuadir a las partes y a la colectividad de la decisión adoptada, alejando todo vestigio de arbitrariedad en el ejercicio de la función jurisdiccional.

Sin perjuicio de lo anotado veamos las teorías que se han construido para tratar de justificar la finalidad de la prueba.

8.1. Teoría de la prueba como demostración o averiguación de la verdad.

Conforme a esta tendencia la prueba busca demostrar la verdad, lo que traslada el tema del campo procesal al campo filosófico respecto a lo que debe entenderse por "verdad", pues en el marco del proceso y como hemos sostenido, no resulta fácil –por no decir imposible- llegar a la verdad denominada verdadera, a la verdad material, por el contrario a lo sumo lo que puede conseguirse es una verdad procesal o relativizada, de manera que lo más correcto o idóneo en el campo del derecho procesal y respecto a la finalidad de la prueba es ubicar el problema fuera de la verdad, identificando el fin con la verificación y convicción respecto a los hechos afirmados.

Sin perjuicio de lo dicho, esta teoría ha llevado a conciliar la situación señalando que hay una verdad formal que se produce en el proceso civil y una verdad material, que es la que se produce en el proceso penal. La primera basada en el principio dispositivo y la tarifa legal, donde incluso se llega a decir que se trata de una no verdad; la segunda –penal- donde por la naturaleza del procedimiento y el sistema libre de valoración de prueba, permite conseguir una verdad material. Incluso se ha señalado que en el proceso civil el judicante se limita a la verdad que le presentan y demuestran las partes –de ahí el carácter

formal o procesal de la verdad- en tanto que en el proceso penal el juez debe investigar, buscar y encontrar la verdad verdadera por el tipo de bien e interés protegido en esta materia.[121]

El error de esta teoría primeramente podemos ubicarla respecto a la identificación de la finalidad de la prueba con la "verdad", que es precisamente la que permite plantear el problema del tipo de verdad según los principios que rigen a los diferentes jueces según la materia a que corresponda su competencia, así como al tipo de bien e interés jurídico tutela –civil y penal- lo que trae como consecuencia que lo más sano o correcto es desmarcar el tema de la finalidad de la prueba respecto a la "verdad", para ubicarlo en otro plano como lo es la convicción o certeza judicial de los enunciados de las partes respecto a los hechos institucionales, no así respecto a la verdad o no de los mimos –enunciados o afirmaciones.

En segundo término podemos expresar que resulta equívoco plantear el problema de la verdad como fin de la prueba respecto al tipo de procedimiento, la carcterística del juez y el bien o interés tutelado, especialmente para referirse al sistema de procedimiento civil o penal, pues y si queremos insistir con el tema de la "verdad" no existe diferencia respecto al fin de la prueba en ambos sistemas de procedimiento, pues la verdad es única en cualquier clase de proceso, no siendo impediemento para su obtención ni justificación para calificarla de material o procesal los principios que rijan al juez, mucho menos el sistema de valoración de fuentes, pues actualmente tanto el juez civil como el penal, están regidos por el principio dispositivo, de aportación de parte, carga probatoria, congruencia, bilateralidad e inmediación entre otros aspectos, de manera que no puede dividirse la verdad en material o sustancial.

A lo anotado agregamos que esta tendencia o teoría erradamente parte de la premisa que el juez penal es un juez investigador, lo que permite asumir la postura que el juez del crimen puede indagar y buscar la verdad material a diferencia del civil que se limita a aquella expuesta por las partes. Esto resulta un error ya superado, especialmente en el sistema penal acusatoria donde la función del investigador-acusador y el juez se encuentran claramente separadas, lo que quita el piso a la tesis que comentamos.

8.2. Teoría de la prueba como mecanismo de fijación formal de los hechos.

La noción de la finalidad de la prueba como actividad o mecanismo de fijación de los hechos, descansando en el hecho que no existen dos verdades –material y formal o procesal- pues la verdad es una y única tal como lo sostuviera CARNELUTTI,[122] para quien el fin de la prueba no era la verdad, sino la fijación formal de ls hechos controvertidos, aunque se critica por el hecho de ser irreal y superficial, a propósito que los hechos no siempre son fijados a través de pruebas –fuentes aportados por los medios que sirven

---

[121] Véase a Juan MONTERO AROCA. Derecho Jurisdiccional II. p. 252.
[122] Francesco CARNELUTTI. Ob. cit. pp. 23 y ss.

para comprobar por comparación- pues los mismos pueden establecerse por estricta legalidad –a consecuencia de: a. hechos admitidos, reconocidos expresa o tácitamente y confesados; b. Hechos notorios; y c. Hechos presumidos *iuris et de iure-* por máximas de experiencia y por carga probatoria –incluida la presunción de inocencia para el proceso penal.-[123]

En este sentido se dice en la doctrina que como consecuencia de la crítica en cuestión, el propio CARNELITTI habría considerado que la prueba tenía por finalidad la fijación de los hechos no admitidos y controvertidos, aúnque el reconocimiento en sí envuelve una verdad formal y aunque la misma teoria del maestro italiano resulta insostenible cuando por ejemplo observamos que en el proceso penal la sola confesión o admisión de culpabilidad de la comisión de un delito, no resulta suficiente para producir una sentencia condenatoria, especialmente cuando dicha confesión es realizada fuera del proceso y en los actos de investigación que como tal no se presentan como prueba.

Es importante señalar que la distinción entre verdad formal y material ha llebado a la consideración de un tercer camino, como lo es la verdad procesal, judicial o forense, que representa una manera de justificar el tema pero que al final se trata de una reformulación que peca de revivir nuevamente la diferenciación entre verdad formal y material, situación incluso que es la que ha justifica el aforismo "iudex indicare debet juxta allegata et probata: quod non est in actid non est de hoc mundo -lo que no está en el proceso, no existe en este mundo-.[124]

La tesis del maestro italiano resulta insostenible por el hecho –entre otros aspectos- de identificar el fin de la prueba con la mentada "verdad", dejando a un lado el tema de la convicción judicial o certeza sobre los hechos afirmados por las partes totalmente alejado de la verdad.

8.3. Teoría de la convicción judicial.

En los términos que se han señalado precedentemente, encontramos que en la actualidad y conforme a las tendencias modernas, s pretende desmacar el tema de la prueba de la verdad, más concretamente, la finalidad de la prueba con la búsqueda y obtención de la verdad, la cual solo en sentido relativizado y procesal o formal se obtiene en el proceso, circunstancia esta que abona el terreno de la convicción o certeza judicial como fin de la prueba judicial, lo que incluso supera la tesis de la fijación de los hechos, cuando partimos de la premisa fundamental que los mismos no siempre se establecen a través de la

---

[123] Para profundizar sobre éstos aspectos puede verse nuestro trabajo titulado La Casación Civil. Propuesta para un recueso eficaz y constitucional. Editorial Paredes. Caracas, 2011. pp. 664 y ss.
[124] Antonio ROCHA ALVIRA. Ob. cit. p. 105.

actividad probatoria, sumado al hecho que no siempre la admisión o confesión es capaz de conducir a su establecimiento, como sucede en materia penal.

La teoría de la convicción judicial como finalidad de la prueba es la concepción que se asume al definir la prueba judicial, crear certeza como grado de conocimiento respecto a los hechos afirmados o enunciados por las partes, desterrando así a la verdad y a sus problemas como fin de la prueba, tal como lo explica SERRA DOMINGUEZ citado por MIRANDA ESTRAMPES, al señalar […] *desterremos del concepto de prueba el término verdd. La finalidad de la pruena no es el logro de la verdad, sino el convencimiento del juez en torno a la exactitud de las afirmaciones realizadas en el proceso*." Por su parte el último de los citados expresa que la verdad judicial podrá ser una especie de aspiración mítica, o una utopía, o una finalidad metajurídica y por tanto, extrajudicial, pero en ningún caso puede formar parte del concepto de prueba judicial, por lo que la finalidad de la prueba debe ser un objetivo procesalmente realizable, resultando obvio que éste no pueda identificarse con la verad.[125]

En definitiva tenemos que el fin de la prueba judicial es convicción judicial, la certeza que y como indicamos se producirá en la mente de judicante al constatar o comprobar los hechos afirmados al ser comparados con las fuentes propuestas por conducto de los medios.

8.4. Teoría Ecléctica.

Se basa en la tesis sostenida por Emilio GOMEZ ORBANEJA –citado por MIRANDA ESRAMPES-[126] donde se asigna a la prueba una finalidad de mera fijación formal de los hechos o del logro de la convicción judicial según los casos; de esta manera se hace depender la finalidad de la prueba del sistema de valoración que de la misma se adopte, de manera que cuando se trata del sistema libre de valoración, la finalidad será el logro del convencimiento judicial; en tanto que si el sistema de valoración es tasado la finalidad de la prueba será la fijación de los hechos, con indpendencia del convencimiento.

Esta tesis es criticada pues tanto en un sistema como en el otro –prueba tasada o prueba libre- se busca la convicción judicial o certeza como fin de la prueba, con la única diferencia que en uno existe una valoración preestablecida por el legislador y en el otro una libre apreciación basada en reglas de la lógicas, la experiencia y los conocimientos científicos, sin perjuicio que y respecto a la prueba tasada, se hace la observación que se trata de la normativización o positivazión de los máximas de experiencia aplicadas a la valoración de la prueba, vale decir, que las máximas de experiencia no quedan en manos del judicante sino que vienen previamente dada por el legislador.

---

[125] Manuel MIRANDA ESTRAMPES. Ob. cit. p. 45.
[126] Manuel MIRANDA ESTRAMPES. Ob. cit. pp. 47 y ss.

8.5. Conclusión respecto a la finalidad de la prueba.

Como corolario de lo dicho y luego de descartar las diferentes teorías respectoa la finalidad de la prueba, es concluyente que la misma tiende a la convicción judicial, a la certeza respecto a los hechos afirmados o enunciados por las partes como fundamento de sus diferentes pretensiones o excepciones; igualmente debe concluirse que el tema de la finalidad de la prueba no debe estar marcado ni identificado con la "verdad", noción más filosófica que jurídica que debe destarrarse de la definición de prueba para entender, que la misma se identifica con la comprobación de los hechos y con el convencimiento o certeza judicia.

La prueba con tendencia finalística y subjetiva de convicción o certeza judicial, referida a los hechos afirmados o enunciados por las partes, puede desembocar en los siguientes resultados: a. Coincidencia entre los hechos institucionales enunciados o afirmados por las partes como fundamento de sus diversas pretensiones y aquella noción o grado de conocimiento de certeza producido en la mente del judicante, coincidencia que puede ser total o parcial; b. No conincidencia respecto a la convicción judicial y los hechos enunciados por las partes; y c. Que el hecho o hechos afirmados o enunciados por las partes como fundamento de sus pretensiones, carezcan de términos de comparación, caso en los cuales se estará en presencia de insuficiencia probatoria que conducirá a la aplicación de la carga probatoria como sucedáneo de pruebas, de manera que en este supuesto no habrá coincidencia entre la finalidad y el resultado de la prueba.

9. LA VERDAD Y LA PRUEBA. El problema de la verdad y su aplicación en el campo de la prueba.

Una de las anotaciones fundamentales que hemos hecho especialmente al dar nuestra definición de pruebas, así como al momento de tratar el tema de su findalidad, precisamente es la de desterrar la noción de "verdad" de la definición, noción y finalidad de la "prueba" judicial, ello en base a los diferentes problemas que plantea el tema de la "verdad" en cuanto a si es posible o no obtener la misma en el marco de un proceso de cognoscitivo como lo es el judicial, donde la existencia de la regulación constitucional y legal de la prueba precisamente se presenta como un impedimento para llegar a dicha "verdad"; también el problema se presenta cuando pretenemos definir la "verdad" lo cual nos ubica en un campo más que jurídico, filosófico, y que decir del tema del enunciado que pretende dividir la verdad en material y formal

conforme a los principios y tipo de sistema procedimental que se trate, identificando la primera con el procedimiento penal y la segunda con la civil.

Vemos así que el problema respecto a la "verdad" y su identificación con el tema de la prueba judicial, más que ayudar a disipar las dudas, aumenta el grado de incertidumbre respecto a si efectivamente es posible llegar a la misma en el proceso judicial; incluso, si el proceso es o no un camino o recorrido para descubrir o alcanzar la verdad de los hechos. Precisamente esta problemática ha conducido a considerar que si queremos seguir identificando el proceso y a la prueba judicial con el tema de la verdad, esta será simplemente una relativización del concepto o noción –de la verdad- en el sentido que sólo podrá alcanzarse una "verdad" relativa o procesal, ello primeramente por el hecho que son las partes quienes cumplen y realizan la activiad heurística y probática antes del proceso, pero además son quienes afirman los mismos de manera institucional en el proceso, afirmación que generalmente obedece a una manipulación consciente respecto a los hechos que tienen valoración y consecuencia jurídicas, que no siempre se identifica con esa verdad de los hechos brutos antes e independientes del proceso; en segundo término esas afirmaciones serán tema de la prueba y sobre ellos recaerá la actividad probatoria para su verificación o comprobación y consecuencialmente para crear convicción o certeza judicial, momento en el cual resulta perfectamente viable que la verdad de los hechos afirmados no se identifique con la verdad extra y anteproceso, lo que en definitiva genera un estado de incertidumbre y pone en tela de juicio la función jurisdiccional.

Para solucionar esta problemática y brindar garantías de seguridad y confianza, resulta pertinente desmarcar el tema de la prueba judicial respecto a la "verdad", de manera que la prueba judicial cumpla una función de convicción judicial, ya no sobre la verdad o no de los hechos, sino sobre la existencia o inexistencia de las afirmaciones fácticas, sobre la constatación o comprobación por comparación entre los hechos afirmados y las fuens que se aporten al proceso, pertimiéndose así un proceso debido y justo que permita alcanzar la "Justicia" como valor superior. Es este el sentido propio que debe dársele al contenido de los artículo 2° y 257 constitucionales, este último que mira y concibe al proceso como un mero instrumento cuya finalidad es la realización de la Justicia, vale decir, que una sentencia justa, razonable, racional y lógico en sentido constitucional, es aquella que aplique e interprete de manera correcta y lógica la norma jurídica, como consecuencia del establecimiento de los hechos afirmados o enunciados por las partes, al ser verificados o comprobados con las fuentes propuesta por los medios en el proceso y que condujeron a la certeza o convicción judicial; por criterio en contrario, no será una sentencia constitcionalmente justa aquella que no refleje o que erráticamente establezca los hechos, al lesionar normas de comprobación por comparación, así como de convicción judicial, sin perjuicio de las falencias en la aplicación e interpretación de normas jurídicas con prescidencia del tema probatorio.

Dicho esto y siguiendo a TARUFFO,[127] brvemente analizaremos las diversas teorías que relacionan el tema de la verdad y la prueba, los que nos permitirá observar su problemática para convencernos de dos cosas: la primera que en el proceso la prueba solo puede conducir a una verdad mediatizada o relativizada; y la segunda, que la prueba no debe identificarse con la verdad sino con la convicción obtenida de la comprobación por comparación de los hechos afirmados o enunciados por las partes como fundamento de sus pretensiones o excepciones.

Dice el maestro italiano que la idea misma de la "verdad judicial" puede parecer vaga, enigmática y dudosa, lo que es inherente al propio concepto de "verdad judicial", pues una visión extendida sostiene que debería distinguirse entre este tipo de verdad y la "ordinaria" o "normal" la cual puede buscarse y alcanzarse fuera del contexto judicial –heurística y probática fuera del proceso-, ya que la verdad que puede ser alcanzada en el marco de un proceso judicial es solo la "formal" o "convencional" al no poder las partes ni el juez utilizar para su obtención cualquier medio en el marco de un tiempo ilimitado para ello, sumado al hecho de la necesidad de abandonar la búsqueda de la verdad cuando se hace necesario alcanzar una resolución judicial, de ahí que por ejemplo MUÑOZ SABATÉ diga que le mayor enemigo de la "probática" preciamente es el derecho probatorio que fija sus límites y la condiciona.[128]

Esta noción que pretende ver al derecho probatorio como limitante de la búsqueda de la verdad de los hechos –dice TARUFFO- se encuentra cargada de contexto, resultando no tan cierto, pues aquella no excluye la posibilidad en un contexto dado –procedimiento o momento de la pueba- de alcanzar la verdad; mucho menos la eficiencia del sistema de procedimiento dependerá de si la regulación del tema procesal permite alcanzar o no la verdad, esto es, la búsqueda de la verdad no se opaca con los obstáculos del procedimiento y de la prueba, especialmente cuando la regulación de las normas constitucionales y legales sobre los medios probatorios y la búsqueda de la verdad en el proceso judicial, que establece cortapisas de lugar, modo y tiempo al final no es más que la regulación constiucional y legal de la forma como debidamente ha de lograrse esa verdad. Los sistemas procesales contienen reglas que tienden a racionalizar el juicio sobre los hechos para evitar falencias en la evaluación de la prueba, algunas de las cuales prohíben el uso de determinados medios de prueba, incluso la búsqueda de determinadas fuentes, lo que para nada impide la búsqueda de la verdad, sino y como se dijo, regulan la fórmula en que los hechos peuden ser probados, abarcando áreas limitadas del dominio de la prueba y de la decisión sobre los hechos. Las normas jurídicas definen el contexto de la verdad "judicial" aún cuando esta resulta contextualizada conforme a los hechos que puedan afirmar las partes, aún cuando el maestro italiano nos dice lo siguiente: […] *En resumen: no hay diferencia epistémica sustancial entre verdad judicial y la verdad no judicial."*

---

[127] Michele TARUFFO. La Prueba. pp. 23 y ss.
[128] Lluís MUÑOZ SABATÉ. Curso de Probática. pp. 32 y ss.

Puesto en este estado el asunto, TARUFFO aborda el tema de la verdd partiendo de las teorías "irracionalista" señalándonos que los problemas filosóficos y epistémicos del concepto general de verdad pueden plantearse en los mismos términos respecto a la noción de verdad judicial, al no diferenciar sustancialmente un concepto del otro; que diversas asunciones filosóficas por ello rechazan tanto la idea de que es posible alcanzar la verdad en el contexto judicial como la propia noción de verdad, lo que por ejemplo conduce a que se pueda plantear en términos racinales el problema de la verdad, ni dentro ni fuera del ámbito del contexto judicial, consecuencia que también puede extraerse si se parte del "deconstruccionismo nihilista" que se ha puesto de moda en las últimas décadas en algunas áreas de la cultura jurídica y filosófica. El deconstructivismo o la deconstrucción es la generalización por parte del filósofo postestructuralista francés Jacques DERRIDÁ del método implícito en los análisis del pensador alemán Martin HEIDEGGER, fundamentalmente en sus análisis etimológicos de la historia de la filosofía, consiste en mostrar cómo se ha construido un concepto cualquiera a partir de procesos históricos y acumulaciones metafóricas, mostrando que lo claro y evidente dista de serlo. Se trata -la reconstrucción- de un tipo de pensamiento que critica, analiza y revisa fuertemente las palabras y sus conceptos. Deconstruir en su noción específica del concepto, se refiere al análisis de los supuestos que lo conforman para dar una nueva perspectiva y así llevarlos al extremo de darles un significado diferente al que se está acostumbrado a entender pero que basados en la evolución es necesario. La deconstrucción es una técnica de descentralización, que pretende modificar la percepción de un tema, asunto o concepto, incluso, con ella se pretende destruir o eliminar un concepto, aunque generalmente busca alterar un concepto con el propósito de ampliar el entendimiento de una práctica, un valor o un tema. Deconstrucción no es sinónimo de destrucción, sino una evolución que se da basado en las exigencias históricas del mmento y que conduce a la adaptación de los conceptos o nociones.

Dice TARUFFO que lo mismo sucederá si se adapta algunas de las disntintas teorías del conocimiejnto, del "yo" o del sujeto cognoscente inspiradas en el instuicionismo, el solipsimo, el idealismo extremo o en la introspección psicológica consideradas como únicos medios de interpretación de la realidad; que estos enfoquen rechazan *a priori* cualquier posibilidad de hablar racionalmente de la verdad general, así como también cualquier posibilidad de pensar en la verdad en el contexto judicial.

Seguidamente el maestro italiano aborda el problema de la "verdad absoluta y la verdad relativa" expresando que hoy día ni siquiera en las llemadas ciencias duras como la matemática y la física se habla de una verdad absoluta por su carácter general y relativizado –relativa- pues en todo contexto del conocimiento científico y em´´irico, incluso el proceso judicial, la verdad es relativa.

También se plantea el tema de la "verdad y la coherencia" donde el problema se centra en la distinción entre ésta –teoría de la coherencia- y la "teoría de la correspondencia" acerca de la verdad; que

según la primera teoría –coherencista- la verdad de un enunciado fáctico es sólo la función de la coherencia de un enunciado específico en un contexto de varios enuncidos, por lo que y dado que la verdad y la fasedad sólo se pueden prdicar enunciados, el único nivel posible para la verad es el de los enunciados, esto es, el del lenguaje de los relatos. Por su parte la teoría de la verdad como "correspondencia" parte de la premisa que la verdad es resultado de la correspondencia del ennciado con un estado empírico del mundo, por lo que una descripción será verdadera cuando describe un hecho real, da una imagen fiel de un objeto del mundo empírico.

Se dice que dado que los discursos y los relatos judiciales son lo único que se encuentran desde el punto de vista del proceso, se considera al mismo como un diálogo o como una situación en la cual la gente cuenta historias que son similarmente iguales a las novelas, siendo en consecuencia que el único criterio al que se puede recurrir para verificar la fiabilidad de cualquier enunciado concreto, es precisamente la "coherencia" en el contexto global del diálogo judicial o dentro de la específica "narración" contada por un sujeto en el curso de un proceso –testigos-. Que la teoría coherencista de la verdad se puede vincular con la concepción "retórica" de los elementos de prueba, considerándose a los mismos no como un rcurso heurístico que pueda usar el juzgador con el fin de establecer la verdad de los hechos litigiosos, sino como un recurso "persuasivo" cuyo objetivo es crear en la mente del juez una creencia acerca de la credibilidad de uno de los relatovs contados en el curso del litigio, todo lo que desempeña un importante papel persuasivo, donde los medios de prueba tienen por objeto usualmente constituir un apoyo para el "relato" convincente.

Dice TARUFFO que este es el enfoque típico que utilizan los abogados en el marco del proceso, pues su propósito es justamente influir en la opinión del judicante a fin de obtener una decisión favorable a los pretensiones, todo partiendo del hecho que el abogado precisamente no busca una verdad neutral, sino más bien interesada en un determinado resultado, aún cuando en verdad no se consiga la verdad; pero respecto al judicante el tema es otro, pues se supone que este tiende a buscar o conseguir una verdad objetiva y neutral, decidiendo el caso conforme a la elección de una versión verdadera de los hechos litigiosos, conforme a los medios de prueba como recurso heurístico y no como argumento persuasivo. Termina el maestro diciendo respecto a la teoría "coherenciasta" y persuasiva de la verdad y de la prueba, que la misma resulta de suma importancia desde la visión del abogado y en la dimensión lingüística y narrativa, así como desde un enfoque psicológico de las decisiones judiciales, aún cuando debe observarse que las narrativas coherentes y persuasivas pueden ser falsas, simplemente, que no correspondan a la verdad, argumento éste que es utilizado para rechazar cualquier teoría de la verdad como mera coherencia en el contexto judicial.

Respecto a la teoría de la "correspondencia" conforme a la cual la condición de importancia se presenta en que los hechos han de ser establecidos correctamente, tomando como base los elementos de prueba relevantes y pertinentes, como condición necesaria para la correcta aplicación de las normas jurídicas sustantivas, de manera que el tema no se centra solo en la cuestión de los relatos o narrativas coherentes, sino que la decisión judicial dependerá de la correspondencia señalada, siendo verdadero cuando hay coinciencia o correspondencia con los sucesos que realmente ocurrieron en la situación empírica que se debate judicialmente. En este contexto la función de la prueba es ofrecer al judicante los conocimientos fundados empírica y racionalmente acerca de los hechos controvertidos, de la causa o nucleares, sin recopilar historias contadas por alguna persona sobre tales hechos.

Como afirmamos al comenzar este apartado, el problema de la verdad relacionado con la prueba dificultad la comprensión de la noción de esta última, así como su finalidad, pues cada una de las teorías ensayadas en el marco epistémico y filosófico respecto a la "verdad" presentan problemas que perfectamente pueden ahorrarse de separar la noción de verdad respecto a la prueba. No obstante la fusión de las últimas teórias –la verdad como coherencia y correspondencia- permiten disipar algunas dudas y dar algunas soluciones que pueden resumirse así: la verdad –relativizada- en el proceso no es más que la identidad entre los hechos afirmados por las partes y aquellos empíricos o brutos acreditados o demostrados con las fuentes y conforme a los medios aportados, que permitirán comprobar los enunciados por comparación para obtener convicción o certeza judicial, ya no respecto al hecho como tal –se insiste- sino con motivo a la afirmación coherencistamente expuesta como fundamento de las pretensiones.

10. LA PRUEBA COMO PARTE DE LA "TEORÍA GENERAL DEL PROCESO".

Como hemos expresado en otro de nuestros trabajos,[129] la ciencia jurídica procesal está inspirada en tres instituciones fundamentales como lo son la *jurisdicción*, la *acción* y el *proceso*, más comúnmente conocidos como trilogía estructural de la ciencia procesal,[130] trinomio sistemático fundamental de la ciencia procesal[131] o trípode desvencijado,[132] sin los cuales simplemente no existiría la ciencia procesal, siendo

---

[129] Véase Tratado de Recursos Judiciales. Estudio garantista de los medios recursivos en el sistema procesal venezolano. Ediciones Paredes. Caracas, 2012. pp. 7 y ss.

[130] J. Ramiro PODETTI. Teoría y Técnica del Proceso Civil y Trilogía Estructural de la Ciencia del Proceso Civil. pp. 335 y ss.

[131] Piero CALAMANDREI. Instituciones de Derecho Procesal Civil según el nuevo Código. Volumen I. pp. 110 y ss.

[132] Niceto ALCALÁ-ZAMORA. Enseñanzas y Sugerencias de Algunos Procesalistas Sudamericanos acerca de la Acción. Estudios de Teoría e Historia del Proceso. La referencia a "trípode desvencijado" para referirse a la jurisdicción, a la acción y al proceso, se basa en que ninguno de los tres conceptos ha alcanzado una elaboración

éstos a su vez los institutos que permiten diferenciar la llamada función jurisdiccional de otras funciones propias del Estado, como lo son la función legislativa y la administrativa o ejecutiva, de manera que junto a otros institutos propios, típicos y exclusivos de la ciencia procesal, de la función jurisdiccional, tales como las medidas cautelares, la sentencia como acto lógico y volitivo del órgano jurisdiccional, que debe ser motivada de manera lógica, racional, razonable, congruente, no absurda y jurídicamente correcta, vale decir, que no sea jurídicamente errónea o falente por estar inficionada de errores de procedimientos o juzgamiento, cosa juzgada o *res iudicata* –aunque no todas las decisiones judiciales hacen tránsito a la cosa juzgada –*res iudicata*- y existen actos no jurisdiccionales que adquieren tal carácter o atributo- el acceso a los recursos, sean ordinarios, extraordinarios o excepcionales, caracterizados esencialmente por el doble grado de jurisdiccional o doble instancia, así como la ejecución de la sentencia o actos equivalentes –transacción, convenimiento- podemos afirmar la existencia de una ciencia jurídica autónoma como lo es el "Derecho procesal" cuyo ámbito de aplicación o despliegue se ubica en la sede jurisdiccional, en la llamada y conocida función jurisdiccional.

Precisamente en los estudios de la ciencia procesal realizados en los postgrados, es que profundizamos los conocimientos sobre estos institutos a través de las diversas materias que abordan sus teorías, como son la teoría de la jurisdicción, teoría de la acción, teoría del proceso, teoría de los medios de impugnación o de los recursos, teoría de la ejecución, teoría de las medidas cautelares, teoría de las nulidades, teoría de la prueba judicial y otras materias propias del arte del proceso judicial,[133] todo lo que de manera genérica o englobada pudiera denominarse teoría general del proceso o teoría general del derecho procesal,[134] aunque más correctamente debería ser "teoría general de la ciencia procesal o del

---

completa y definitiva, a saber, respecto a la **jurisdicción**, se sabe los que es, pero no donde está, vale decir, se conoce su contenido y se ha precisado una definición, pero su estudio no se sabe si pertenece al derecho procesal o al derecho constitucional; respecto al **proceso**, no se sabe lo que es, pero si donde está, vale decir, se discute en la naturaleza del proceso si se trata de un contrato, un *cuasi* contrato, una relación jurídica –teoría de Oscar VON BÜLOW- una situación jurídica –teoría de james GOLDSCHMIDT- una entidad jurídica compleja –teoría de Gaetano FOSCHINI- o si es una institución –teoría de Jaime GUASP- más comprende que su estudio claramente se ubica en la ciencia procesal; en tanto que respecto a la acción, no se sabe ni que es ni donde está, pues no se ha logrado precisar una definición, contenido y naturaleza, si es el mismo derecho sustancial o material –teoría clásica, monista o unitaria- si es un derecho separado y autónomo diferente al derecho sustancial o materia –teoría autónoma de la acción, que comprende su versión concreta y abstracta- mucho menos donde se ubica su estudio, si en el campo del derecho material o procesal. Véase a Marcos SOLÍS SALDIVIA. La Potestad Jurisdiccional: Una Aproximación a la Teoría General de la Jurisdicción. pp. 21 y ss.

[133] Véase a Osvaldo Alfredo GOZAINI. *Teoría General del Derecho Procesal. Jurisdicción, acción y proceso.*

[134] Ello sin perjuicio de quienes prefieren enfocar el estudio de la problemática a través del prisma de la "jurisdicción" y no del "proceso", por ser el primero el elemento fundamental de la ciencia, tal como es el caso del profesor Español Juan MONTERO AROCA, quien ha venido sosteniendo –sin acogida- que el movimiento centrípeto, esto es, de la periferia al centro, de la apariencia a la esencia, no se basa en el "proceso" sino en la "jurisdicción", ya que el "proceso" es simplemente un instrumento por demás secundario y subordinado de la "jurisdicción". Luego, señala que si para que se cumpla la "jurisdicción" se requiere de la "acción", esto es

Derecho procesal"; pero debemos comprender que no existe o no debe existir una diferenciación o escisión del estudio de la ciencia, esto es, que como tal, el estudio del Derecho procesal debe obedecer a una unidad que permita comprender el problema y aprender el arte de manera global, completa y autónoma, vale decir, que el Derecho procesal es uno y único, sus teorías son unitarias y generales lo que nos aleja de aquella tendencia errónea de comprender al Derecho procesal como divisible, separable y especializable en función al Derecho sustantivo, sustancial o materia al cual sirva como normativa adjetiva, y nos explicamos.

El Derecho procesal como ciencia autónoma y especializada, que aunque separada del derechos sustancial o material –del Derecho sustantivo- le sirve de instrumento para el reconocimiento o declaratoria del mismo a través del juicio que emite la jurisdicción, previo al proceso que se activa con la acción materializada con la demanda como primer acto procesal que contiene una pretensión, no debe clasificarse en función al Derecho sustancial o material al cual sirva, como sería procesal civil, penal, laboral, contencioso administrativo, aeronáutico, marítimo, agrario, de niños, niños o adolescentes, constitucional, pues esto en definitiva iría contra esa autonomía propia que caracteriza la ciencia procesal, presentándose un retroceso intolerable para llevarnos a los tiempos donde el Derecho procesal no se consideraba como ciencia autónoma sino como accesorio del Derecho sustancial o material, como una parte dependiente del Derecho civil; por el contrario, el Derecho procesal como ciencia autónoma, debe ser comprendido y estudiado en su globalidad, generalidad o unidad, entendiendo que los institutos y teorías propias del proceso en definitiva es derecho procesal, que cada uno de sus componentes – insistimos- desglosado en todas esas teorías a las que hemos hecho referencia, siendo propias de este arte de la ciencia no obedece a la clasificación errónea de cada tipo procedimental que regulen las leyes, de manera que no puede sostenerse una eventual clasificación de Derecho procesal civil, penal, laboral, agrario, administrativo, marítimo, aeronáutico, entre otras, ya que todas ellas se nutren de una fuente común, de teorías comunes y unitarias propias de la ciencia procesal que en definitiva no es otra cosa que "Derecho procesal".

Lo expresado nos conduce a afirmar que el estudio de las diversas teorías sobre la ciencia procesal o Derecho procesal, permiten su conocimiento generalizado y global, sin perjuicio que en cada área donde

---

primero, luego un conjunto sucesivo de actos en el tiempo, cada uno de los cuales es consecuencia del anterior y presupuesto del siguiente, a cuyo conjunto se llama "proceso", siendo en consecuencia el medio o instrumento jurídico para el cumplimiento de la función jurisdiccional –carácter secundario o subordinado-. Consecuencia de lo anterior es que la "jurisdicción" es el ente principal y el proceso, el ente subordinado, siendo razonable – a criterio del profesor español- que la disciplina tome el nombre de "jurisdicción", de derecho jurisdiccional y no derecho procesal. Juan MONTERO AROCA, Manuel ORTELLS RAMOS, Juan Luís Manuel GOMEZ COLOMER, y Alberto MONTON REDONDO, ALBERTO. Derecho Jurisdiccional. Tomo I y II. Igualmente Juan MONTERO AROCA. Introducción al Derecho Procesal.

deba aplicarse la ciencia procesal, nos encontremos con principios, procedimientos, y características propias que obedezcan al tipo de Derecho tutelado a través del sistema de procedimiento, como por ejemplo se presenta en el sistema penal donde el tema de la teoría de la prueba, de la aplicación de la ley entre otros, no resulta igual a otros procedimientos, ya que precisamente por el tipo de Derecho en juego –la libertad- el imputado o acusado en todas la fases del proceso, sea preparatoria o de investigación, preliminar, de juicio, recursiva e incluso en la propia ejecución- se encuentra protegido o amparado constitucionalmente por una presunción de inocencia –salvo que se haya declarado la condena en una sentencia que haya hecho tránsito a la cosa juzgada- del cual deriva un régimen especial en materia de carga probatoria, la aplicación del *in dubio pro reo* y el enjuiciamiento en libertad,[135] pero ello en nada afecta al hecho que el estudio de la ciencia procesal es uno y único, de manera que el procesalista formado integralmente, con conocimientos sólidos de las diversas teorías aplicables a todos los campos procedimentales, se encuentra en plena capacidad de asumir un proceso judicial para la obtención del reconocimiento judicial del Derecho que se trate. Es así como vemos y consideramos que debe analizarse, estudiarse y comprenderse la ciencia procesal, como un todo unitario que permite descartar esa ficción o creencia que el Derecho procesal es diferente en cada caso y que depende del tipo de derecho sustancial o material que se ve discutido, y es que las anotaciones que hacemos tienen su justificación cuando observamos una marcada tendencia de algunos cultores del Derecho penal, laboral y de niños y adolescentes, quienes generalmente son los que presentan mayor resistencia a lo que señalamos -especialmente cuando ejercen funciones judiciales en los dos últimos casos expresados- que al no comprender el asunto, limitadamente ven a la ciencia procesal como propia del arte penal o laboral, cuando la realidad es que las teorías del Derecho procesal son comunes y generales, sin perjuicio de la tipología procedimental de cada caso –donde incluso observamos principios tipo y generales en estos sistemas, como sucede en la oralidad- de características y principios especializados que obedecen al tipo de derecho en juego –tal como lo hemos afirmado- de manera que debe apostarse al cambio de paradigmas y entender que el estudio del Derecho procesal simplemente es el conocimiento del arte de la llamada "teoría general de la ciencia procesal".

Pero sin apartarnos del tema inicial, esto es, del estudio de la ciencia procesal a partir de los institutos de "jurisdicción", "acción" y "proceso", como indicamos se tratan de la base o columna vertebral del Derecho procesal como ciencia autónoma y separada del Derecho civil, cuya autonomía comienza a evolucionar a raíz de la famosa polémica sostenida por los alemanes Bernard WINDSCHEID

---

[135] Véase los trabajos de Eduardo E. JAUCHEN titulado "Tratado de las Pruebas en el Proceso Penal", editorial Rubinzal-Culzone, Heliodoro FIERRO-MÉNDEZ, titulados "La Prueba en el Derecho Penal. Sistema Acusatorio" y "Los Recursos en el Proceso Penal", editorial Leyer, Bogotá 2006 y 2008, respectivamente, y Claus ROXIN, titulado "Derecho Procesal Penal", editorial del Puerto, Buenos Aires, 2000.

-1856- y Theodor MÜTHER -1857- relacionadas con la "acción" seguido por los estudios de Oskar VON BÜLOW sobre las excepciones y presupuestos procesales en 1868, lo que marcaría definitivamente el rumbo científico y el nacimiento de la Escuela Científica o Sistemática alemana seguida por Josef KÖHLER, Friedrich STEIN, DEGENKOLD, Adolf WACH, Wilhen KISCH, Friedrich LENT, Leo ROSEMBERG, James GOLDSCMITD, entre otros y que luego pasaría a Italia de la mano del gran maestro Guiseppe CHIOVENDA, fiel seguidor de los estudios de Adolf WACH, cuya continuación se hizo de la mano de los grandes de la ciencia procesal Piero CALAMANDREI, Francesco CARNELUTTI y Enrico REDENTI, Ugo ROCCO, Marco Tulio ZANZUCHI, Mauro CAPPELLETTI, entre otros; de esta manera tras los estudios de la "acción" como Derecho autónomo y abstracto separado del Derecho material o sustancial, que permitió su ejercicio a cualquier sujeto de derecho que tuviera el mero o simple interés, la necesidad de intervención del Estado para la tutela de sus derechos e intereses concretos –pretensión- lo que continuó con los estudios sobre la autonomía del proceso que realizara Oskar VON BÜLOW, nació la Escuela Sistemática o Científica que dejara atrás a la Escuela Clásica o Exegética, considerándose al Derecho como una verdadera ciencia procesal autónoma basada en los tres institutos fundamentales a que hemos hecho referencia –jurisdicción, acción y proceso-.

10.1. Hacia una "teoría general de la prueba".

Insistiremos que la esencia de la ciencia o del derecho procesal se encuentra en éstos tres institutos, que como adelantamos se estudian a través de las diversas teorías que llevan su nombre –teoría de la jurisdicción, de la acción y del proceso", a ellos se unen otro conjunto de teorías que abordan el estudio de otros institutos fundamentales y propios del derecho procesal, donde precisamente se ubica la "teoría de la prueba", tema central de nuestro trabajo cuya relación con los institutos fundamentales es íntima y necesaria tal como lo expondremos de seguidas, más aún, las pruebas judiciales se ubican dentro de un contexto mayor de la teoría general del derecho procesal que lo relaciona con esos institutos fundamentales. Luego, sin perjuicio de lo dicho y como se enunciaría en el título de este apartado, la tendencia moderna en materia de estudios del derecho procesal a través de sus diversas teorías, nos debe llevar hacia la necesaria construcción de una "Teoría de la Prueba", más ¿a qué se refiere esto?

Las diversas teorías que sirven para el estudio de la ciencia procesal, comprenderá cada uno de los institutos propias de la ciencia, donde se ubican sus acepciones, definiciones, nociones, características, naturaleza, teorías, requisitos, principios, elementos, procedimientos, finalidades, consecuencias o efectos, entre otros aspectos propios de cada instituto, que abordado de manera separada facilita la comprensión de un derecho más amplio y complejo, donde cada instituto a través de sus distintas teorías

mediante un sistema de interrelación también complejo pero perfecto, en definitiva construyen esa ciencia autónoma a la cual nos referimos –teoría general del Derecho procesal-. De esta manera así como hay un estudio individualizado y concreto de la teoría de la jurisdicción, de la acción del proceso, de los sujetos procesales, de los principios del proceso, de la tutela de ejecución, de los medios de impugnación, entre otros, lo propio ocurre con el tema de la pruebas.

Puesto en este estado el asunto, resulta fácil comprender y más aún justificar la existencia de una "teoría de la prueba" que como parte o componente de un Derecho autónomo más amplio como lo es la ciencia procesal, se encargue del estudio de la prueba judicial en general y en especial, vale decir, de una teoría general de la prueba y de los medios de prueba en concreto, a lo que debe sumársele el estudio del procedimiento probatorio en cada sistema de procedimiento. La teoría general de la prueba a su vez debe comprender el estudio de temas como la prueba, noción, definición, acepciones, finalidad, naturaleza, el derecho al sistema de pruebas, tema y objeto de la prueba, diversos medios de prueba, momento de la prueba, sujetos de la prueba, carga de la prueba, actividad oficiosa del juzgador, requisitos de la prueba, prueba trasladada y demás temas propios de una teoría general y unitario aplicable a cualquier clase de procedimiento judicial. Por su parte el estudio de los medios de prueba debe comprender todo lo relacionado con cada medio de prueba –regulado o no- como la confesión, el juramento decisorio, la prueba documental e instrumental, la prueba testimonial, la inspección judicial, experticia, indicios y otros medios probatorios. Por último y no menos importante debe estudiarse el sistema de pruebas en los diversos procedimientos, escritos u orales, como el civil, penal, laboral, de niños y adolescentes, contencioso administrativo y tributario, constitucional, marítimo, aeronáutico y de tierras entre otros.

Lo anotado nos conduce a concluir en primer término que dentro de la teoría general del derecho procesal, debe precisarse un lugar concreto para el estudio de uno de sus componentes fundamentales –posiblemente el más importante- como lo es la "teoría de la prueba, de sus medios y de su sistema en los diversos procedimientos" lo que puede quedar englobado simplemente en la expresión "teoría de la prueba", permitiéndose el análisis y estudio de esta institución tan compleja y especializada dentro de la propia ciencia procesal, que tiene rasgos de constitucionalidad dado el derecho humano, fundamental y constitucional que representa el sistema de pruebas como lo expondremos en su oportunidad; en segundo término y dada la complejidad de este instituto, su estudio debe abordarse de manera trilateral, donde por un lado se analice la cuestión de una teoría general, por otro los medios de prueba y finalmente –como indicamos- el régimen probatorio en los diversos sistemas de procedimiento.

Es importante destacar, que la construcción de una teoría unitaria de la prueba o del derecho probatorio, no solo resulta viable sino fundamental o esencial, pues su estudio puede realizarse partiendo de institutos propios inalterables o pétreos aplicable a toda clase de procedimiento, pues y respecto a la

prueba judicial, su noción, definición, caracterización, acepciones, tema u objeto, principios, momentos, carga probatoria, valoración, actividad oficiosa, prueba trasladada y demás aspectos generales, se aplican de igual forma en cualquier clase o sistema de procedimiento, de ahí el absurdo de pensar que existen pruebas civiles, penales, laborales, agrarias, marítimas entre otras que requieran de una teoría específica, ello sin perjuicio de la especialidad propia de cada sistema que requiere adecuar la institución general al caso concreto conforme a sus especialidades y principios propios, tal como sucede en la diferenciación entre sistemas de procedimientos escritos y orales.

En síntesis de lo dicho, no existe diferenciación respecto a una teoría general de la prueba en los diversos sistemas de procedimiento, cuando observamos un trato igualitario respecto al objeto, sujetos, estructura, carga y finalidad, de manera que resulta posible y necesario –insistimos- hablar de una "teoría unitaria de la prueba".

Ya terminando este apartado es importante hacer algunas reflexiones respecto al estudio de la prueba en nuestras universidades y su noción por parte de los abogados. Partamos del hecho que el Derecho probatorio constituye una disciplina ubicada en la especialidad del Derecho procesal, constituyendo incluso una verdadera disciplina del Derecho autónoma, que debe ser estudiada con detenimiento, pues quien se dedica al litigio, tendrá un alto porcentaje de éxito en la medida que conozca la teoría y la mecánica de la prueba judicial, quien no tenga conocimiento sobre ella, está destinado al fracaso, pues como lo hemos señalado lo importante no es la contundencia del alegato sino su acreditamiento y la convicción judicial respecto a él; pero desde la perspectiva del judicante la cosa no es diferente, ya que el estudio de la prueba judicial es vital para el ejercicio de la magistratura; quien no posea los conocimientos sobre el tema, será un verdadero peligro en el ejercicio de la función, circunstancias éstas que han sido menospreciados por nuestros flamantes magistrados y jueces, los primeros al colocar abogados con escaso o nulo conocimiento de la materia que se ve reflejado en la poca calidad jurídica de sus decisiones y en la ignorancia como mayor elemento de la corruptela judicial; en tanto que los segundos por el atrevimiento y la irresponsabilidad de asumir el cargo.

Respecto a las universidades el problema no es diferente, por ejemplo tenemos casos donde la materia no se encuentra ubicada en el *pensum* de la carrera, otras veces solo se tiene como materia electiva, de manera que el egresado perfectamente puede obtener un título de abogado sin haber tenido contacto con la materia, tal como acontece en la Universidad Central de Venezuela, donde la materia en cuestión es una práctica electiva de quinto año, cuyo cupo incluso es reducido a no más de veinticinco alumnos, a lo que se suma el hecho que por lo general los profesores que dan esta materia, salvo limitadas excepciones, no tienen postgrado ni trabajos escritos sobre al respecto, quienes incluso se aventuran a impartir la materia en los curso de postgrado, bajo la mirada complaciente y cómplice de las autoridades

universitarias en una sociedad universitaria definitivamente de cómplices mediocres. Lo peor de este triste cuento es que son estos mismos personajes que todo lo critican, quienes se atreven a menospreciar a otras universidades.

No podemos dejar de mencionar como cómplices de esta situación a los estudiantes y futuros profesionales, lo que también involucra a los que cursan estudios de postgrado, pues ellos, tanto a nivel de universidades privadas pero especialmente en la pública, son el reflejo de una sociedad corrompida que avalan esa mediocridad que envuelve el tema universitario, como es el caso de profesores mediocres que nada aportan al debate ni abren campo a nuevos criterios y generaciones, pues lamentablemente los cargos de profesores universitarios -con sus honrosas excepciones, pues no respetuosamente podemos generalizar- concursos y ascensos –con especial referencia a la universidad pública- es el producto de pactos o acuerdos complacientes de todo tipo, como amiguismo, cuestiones políticas, favores, miedos, entre otras deformaciones, no siendo la preparación y la calidad del profesional, el elemento determinante en la elección de los docentes.

10.2 La "jurisdicción" y la prueba.

En el estudio de la "teoría general del derecho procesal", se nos enseña que para estudiar el Derecho procesal, previamente debe hacerse referencia a la división del Derecho y al efecto, generalmente suele distinguirse *Derecho objetivo* y *Derecho subjetivo,* siendo el primero el conjunto de normas dictadas por el Estado, que tiene por norte regular las relaciones entre individuos que forman parte de la colectividad, las relaciones entre estos y el Estado, así como entre los diversos órganos del Estado; por su parte el *Derecho subjetivo,* se presenta como la facultad que tiene todo sujeto de derecho, de obtener del Estado la satisfacción de su derecho o interés cuando es lesionado, y que se encuentra tutelado por el derecho objetivo.

De esta manera en Estados democráticos, de Derecho y de Justicia, regidos por un pacto político a través de un texto constitucional, respetuoso de los derechos del ciudadano, el Estado dicta un conjunto de normas jurídicas que regularán las relaciones entre ciudadanos, entre éstos y el Estado, y entre los diversos organismos del Estado *-derecho objetivo-* normas y derechos que son plausibles de ser desconocidos, vulnerados o violentados por otros sujetos de derecho –sea el propio Estado o los particulares- momento en el cual hace su aparición el *Derecho subjetivo,* que será el que permita hacer tutelar ese derecho desconocido y obtener su reparación o satisfacción, como señala ROCCO […] *la facultad o el poder, reconocido o concedido por una norma jurídica a un sujeto individualmente determinado, de querer y de obrar para la satisfacción de un interés suyo , tutelado precisamente por la norma, y de imponer su voluntad y su acción a la voluntad*

y a la acción de otros sujetos distintos", definición de donde se derivan los siguientes elementos constitutivos a saber: a. Un sujeto específico o determinado, en el cual se personifica la norma; b. Un interés, conformado por un bien capaz de satisfacer una necesidad; c. La voluntad del sujeto para satisfacer su necesidad o encontrar la reparación del derecho lesionado; d. La facultad jurídica, o potestad otorgada por la norma de derecho objetivo al sujeto de querer o de actuar para la satisfacción del interés lesionado, cuyo paralelismo en el proceso penal se encuentra representado por los siguientes elementos: a. Un sujeto representado por el Estado; b. Un interés que radica en la necesidad de asegurar las condiciones necesarias para mantener la paz social; c. La voluntad para satisfacer ese interés, que dirige la sanción al delincuente, mediante la imposición de la pena; y d. La facultad de imponer la pena al trasgresor de la norma penal.[136]

Tanto el Derecho objetivo como el Derecho subjetivo, forman parte o dimanan del *Derecho sustancial o material,* que viene siendo el conjunto de normas que van a regular la conducta de los individuos en sociedad, reglamentando las relaciones de intereses en orden a su distribución y goce de los bienes de la vida cotidiana. Luego, la relación de los Derechos nos conduce a precisar que cuando un sujeto de derecho se le limite, desconozca o lesionado su *Derecho material o sustancial*, en el entendido que otro ciudadano u organismo del Estado menoscaba su *Derecho objetivo,* para obtener la satisfacción de su interés, es decir, para obtener el resarcimiento del Derecho lesionado, tendrá que acudir al *Derecho subjetivo*, por conducto del cual se obtenga esa satisfacción del *Derecho objetivo*.

Esto nos coloca en el campo de la *ciencia procesal,* de la *teoría general del Derecho procesal,* que tendrá por norte reglamentar o normar el conjunto de disposiciones legales que regularán la actividad de los sujetos dentro del "proceso", para que a través de éste, activado por la "acción" pueda el justiciable obtener de la "jurisdicción" el reconocimiento y eventual satisfacción de su Derecho objetivo lesionado, mermado o desconocido, cuando fallan las formas de autocomposición de los conflictos, caso en el cual la "jurisdicción" actúa de manera supletoria y no necesaria, pues en determinados casos, aún con la concurrencia de la voluntad de los justiciables, los actos jurídicos no pueden producir sus efectos típicos sin la previa intervención, actuación y declaratoria del derecho por parte del Estrado, tal como sucede en los casos de divorcio, donde la disolución del vínculo conyugal, aún con la concurrencia de voluntades, no puede obtenerse y producir sus efectos jurídicos, sin una previa intervención y declaratoria del órgano jurisdiccional.[137]

Una vez que la sociedad ha evolucionado y superado su estado primitivo y no organizado jurídicamente, como consecuencia del dictado de leyes y de pactos constitucionales, de la organización

---

[136] Ugo ROCCO. Tratado de Derecho Procesal Civil. Parte General. Vol. I. Ediciones Temis-Depalma, Buenos Aires, 1969. pp. 20 y ss.

[137] Véase Piero CALAMANDREI. Instituciones de Derecho Procesal Civil según el nuevo Código. Volumen I. Ediciones Jurídicas Europa-América. Buenos Aires, 1973. pp. 181 y 182.

de la sociedad mediante reglas de conductas, comportamiento y sanciones ante su incumplimiento, donde ya no opera la posibilidad de la justicia por la propia mano, de la autodefensa o autotutela de los derechos, donde incluso se convierte en un hecho castigable dado su carácter punitivo, surgiendo el Estado como sujeto por encima de las justiciables, penando la justicia privada al atribuírsele la función dirimidora de conflictos entre los coasociados, de castigar los hechos punibles y declarar la voluntad de la ley en cada caso concreto, esto es, la función "jurisdiccional", coloca en manos de los coasociados la llave que abre ese mecanismo y aparato de la "jurisdicción", como lo es la "acción" cuyo vínculo precisamente está representado por el "proceso", de manera que ahora la "jurisdicción" se presenta de manera supletoria para la solución de las controversias, o necesaria cuando el acto jurídico no puede producir efectos ni siquiera con la concurrencia de la voluntad de los sujetos, sino con la presencia e intervención de la "jurisdicción", lo que da nacimiento a la llamada *tercerización* o *terceridad* para los casos contenciosos.

En este sentido diremos con CALAMANDREI,[138] que por encima de las partes, de los coasociados o ciudadanos se viene afirmando el principio de autoridad al organizarse la sociedad, restringiéndose de la autodefensa hasta su definitiva erradicación del ámbito privado, para dar paso y ser sustituida por esa atribución dada al Estado quien ejercitará la autoridad pública a través de la "jurisdicción", quien como potestad la ejercitará en forma excluyente y exclusiva para la tutela de los derechos, sin que ello signifique la monopolización de la solución de los conflictos o controversias, pues precisamente los coasociados siguen disponiendo de la autocomposición para dar solución a sus diferencias, sin perjuicio de la utilización de mecanismos alternativos no jurisdiccionales para solucionar sus problemas, lo que es el producto de la desnaturalización, desmembramiento o escisión de la jurisdicción a causa de su colapso y desprestigio -lo que en nuestro caso venezolano no es nuevo, pero que ha tomado dimensiones inmanejables de desconfianza, corrupción, lentitud, ineficacia, politización, partidización y demás enfermedades incurables en la última década- que ha hecho resurgir viejos y nuevos institutos de composición de conflictos, como el arbitraje, la justicia de paz, la mediación y la conciliación, lo que podemos unificarlo –como indicamos- en medios alternos de solución de conflictos o procedimientos no jurisdiccionales de solución de conflictos, incluso constitucionalizados conforme al artículo 258 Constitucional, que erróneamente se han sido considerados como "equivalentes jurisdiccionales" igualándolos con la "jurisdicción", más aún, otorgándose potestad jurisdiccional, lo que resulta erróneo, pues si bien la "jurisdicción" no monopoliza la solución de los conflictos, el cual también puede ser resuelto por otros medios llamados alternativos, sí resulta de su incumbencia exclusiva, excluyente y monopólica la potestad jurisdiccional y sus poderes –*gnotio, vocatio, iuditio, executio, coertio*-.

---

[138] Piero CALAMANDREI. Ob. cit. V.I. pp. 109 y ss.

La consecuencia de establecerse la interdicción de la justicia privada o autodefensa del ciudadano –justicia por su propia mano- al haber asumido monopólicamente el Estado la función o potestad jurisdiccional, como indicamos es la de dotar al ciudadano del derecho subjetivo y abstracto de "acción", cuya herramienta le permite poner en funcionamiento el andarivel de la "jurisdicción", de manera que la "acción" como derecho humano y constitucional o cívico, garantiza la prohibición de autodefensa, al ser sustituida la justicia privada por una pública en manos del Estado, lo que hemos dicho que genera esa heterocomposición o tercerización –también terceridad-.

Etimológicamente el vocablo "jurisdicción" proviene del latín "*iuris dictio"* que entrega dos vocablos "*iuris*" que significa derecho y "*dictio*" o "*decire*" que significa declarar, dar, de manera que etimológicamente "jurisdicción" se traduce en decir o declarar derecho.[139]

Pero **¿qué es la jurisdicción?**

El primero de los elementos destacados en la trilogía o trinomio de la ciencia procesal es precisamente *"la jurisdicción"* que siguiendo al profesor Marcos SOLÍS SALDIVIA,[140] la consideraremos como *la potestad (deber-poder) que dimana de la soberanía popular, ejercida por el Estado por conducto de los órganos jurisdiccionales imparcial, independientes, autónomos y preexistentes al hecho concreto que ha de juzgarse, que es consecuencia de haberse limitado o restringido a los particulares la autodefensa, esto es, la posibilidad de hacerse justicia por su propia mano, que conjuntamente con el derecho público, subjetivo, general, abstracto cívico y constitucional de la "acción", constituyen o generan el "proceso" judicial, como único instrumento por el cual se ejerce la jurisdicción, sin que su actividad se limite ni agote con el acto sentencial, cuya finalidad es la tutela de los intereses particulares o la aplicación de la ley al caso concreto, de manera pacífica pero coactiva, sin perjuicio de la aplicación de la equidad en los casos permitidos por la ley.*

De la definición podemos destacar los siguientes elementos caracterizadores:

a. Primeramente la "jurisdicción" constituye uno de los institutos fundamentales de la ciencia procesal, que si bien es el más importante, no funciona sóla, pues para su activación en el marco de los sistemas democráticos contrarios a los regímenes totalitarios, requiere del ejercicio de la *"acción"* y de la previa tramitación de un *"proceso"* que es el instrumento que le sirve para realizar sus actividades, desplegar sus poderes –*gnotio, vocatio, iuditio, executio y coertio-* de ahí la importancia de la referencia a la trilogía o trinomio, pues precisamente uno no funciona sin el otro, lo que conduce a que necesariamente en la presentación, definición y caracterización de cualquiera de los tres institutos, deben comprender los tres conceptos, de manera que si en su definición faltare alguno, estaríamos en presencia de una definición o caracterización incompleta.

---

[139] Piero CALAMADREI. Ob. cit. V. I. p. 165.

[140] Marcos J. SOLÍS SALDIVIA. La Potestad Jurisdiccional: Una aproximación a la Teoría General de la Jurisdicción. Editorial Vadell Hermanos. Caracas, 2010. pp. 50 y ss.

b. La "jurisdicción" resulta una emanación de la soberanía popular asumida por el Estado por conducto de uno de sus Poderes como lo es el Judicial, en los términos del artículo 253 Constitucional conforme al cual […] *La potestad de administrar justicia emana de los ciudadanos y ciudadanas y se imparte en nombre de la República y por autoridad de la Ley. Corresponde a los órganos del Poder Judicial conocer de las causas y asuntos de su competencia mediante los procedimientos que determinen las leyes, y ejecutarlo o hacer ejecutar sus sentencias.*

c. La "jurisdicción" como medio de heterocomposición, terceridad o tercerización, ha evolucionado históricamente y es consecuencia de la restricción de la justicia privada –autodefensa- sustituida por el instituto de la "jurisdicción" y activable mediante la "acción".

d. La "jurisdicción" se presenta como una potestad, al contemplar tanto deberes como poderes del órgano jurisdiccional, de imponerse por encima a los sujetos que acceden a él, incluso en contra de su voluntad y mediante la utilización de la fuerza pública en modo proporcional cuando sea necesario. De esta manera, la "jurisdicción" se presenta como una potestad en el sentido de "poder", de mandar super partes al ocupar el escalafón más alto de la soberanía del Estado, lo que le permite imponerse con la fuerza pública de ser necesario. Luego, no se trata ni de un "poder" ni de un "derecho" en sentido subjetivo, pues el "poder" en sentido estricto y "derecho subjetivo" entrarían en un género común de los poderes en sentido amplio, de manera que el "poder" siempre se desenvuelve en un aspecto genérico, no teniendo objeto singularmente determinado, no resolviéndose en pretensiones hacia otros sujetos, no generando correlativos de obligaciones; por su parte el "Derecho subjetivo", se desenvuelva en una concreta y particular relación jurídico. Lo anterior permite afirmar que resulta más correcto referirse a la "jurisdicción" como una "potestad" cuando su titular aparece revestido de una autoridad, sea de Derecho público o de Derecho privado, mientras que cuando falte éste elemento de autoridad y la consecuente situación de superioridad o supremacía, frecuentemente se hablará de poder.

e. La "jurisdicción" es un elemento necesario, un instituto esencial de la ciencia procesal que conjuntamente con el correlativo derecho de "acción", generan o producen el tercer instituto, vale decir, el "proceso".

f. El "proceso" judicial será el instrumento, el ámbito donde la "jurisdicción" se despliega, actúa o funciona, lo que no se limita ni agota con el dictado del acto sentencial, sino que va más allá, hasta la ejecución pronta y efectiva de lo decidido, de manera que a lo largo de todo el proceso, desde su inicio con la presentación y consecuente admisión de la demanda o acusación hasta la eventual ejecución, se realizan actos del órgano que no son otra cosa que la manifestación en el "proceso" de la "jurisdicción".

g. La “jurisdicción” tendrá como finalidad la tutela de intereses o administración de justicia, mediante la aplicación de la ley en cada caso concreto, incluso, en los casos permitidos y en los términos del artículo 13 del Código de Procedimiento Civil, mediante la aplicación de la equidad, lo que no puede tomarse como sinónimo de arbitrariedad, para declarar así la voluntad concreta en cada caso, decidiendo lo que convenga en derecho o equidad, ejecutándose lo decidido, incluso con la fuerza pública cuando sea necesario.

Lo último que nos interesa para su relación con este estudio, es el tema de las cualidades o características de la “jurisdicción” a cuyo efecto observaremos: **a) Unicidad o unidad:** conforme a la cual, la “jurisdicción” es esencialmente pública y por ende o admite divisiones, escisiones o clasificaciones, de manera que cuando ella se produce se trata más bien de otro concepto, de otra institución como lo será la “competencia”; esta unidad que tratamos en la “jurisdicción”, también se presenta o ubica en la “acción” y en el “proceso”, pues su clasificación, división o escisión, obedece a otros institutos como lo son la “pretensión” y el “procedimiento”, de manera que la “jurisdicción”, la “acción” y el “proceso” son institutos de la ciencia procesal propios y exclusivos que no admiten clasificación; **b) Indivisibilidad:** En sintonía con lo escrito, siendo la “jurisdicción” una potestad dimanante de la soberanía popular asumida por el Estado y aplicable a la función de administrar justicia, que se vuelca en una y única, la inmediata consecuencia es que no permita clasificación o división, siendo que en todo caso la función jurisdiccional que distribuye entre los diferentes órganos encargados de la función –órganos jurisdiccionales- obedece al factor de “competencia”, más no a la jurisdicción, cuya asignación solo corresponde a la Constitución a diferencia de la “competencia” que viene asignada por la ley, de ahí que se diga que todos los órganos jurisdiccionales tenga jurisdicción dentro del ámbito de su competencia, ésta última como limitante de la jurisdicción en base a la materia, territorio, cuantía, accesoridad, conexión y continencia –competencia objetiva- y a la inexistencia de elementos que permitan cuestionar la imparcialidad del judicante –competencia subjetiva-;**c) Exclusividad atenuada:** La teoría nos indica que la “jurisdicción” corresponde exclusivamente al Estado por conducto de los órganos jurisdiccionales creados al efecto, quien mantiene el monopolio de tal potestad, chocando contra esta condición la llamada “jurisdicción internacional”, “arbitral” y en general la mal denominada “equivalencia jurisdiccional”, pues si bien la solución de conflictos no lo monopoliza la “jurisdicción” para lo cual sirven los “medios alternativos no jurisdiccionales” el tema de la “jurisdicción” junto a sus poderes dimanantes, exclusivamente son ejercidos por el Estado; **d) Inderogabilidad atenuada:** Siendo la “jurisdicción” potestad única e indivisible, por demás exclusiva, resulta forzoso y lógico señalar que a lo anterior debe sumársele el elemento de inderogabilidad, de manera que las partes, los sujetos de derechos usuarios de la “jurisdicción” no pueden derogarla por convenios previos o durante el proceso, pero como toda regla

encuentra su excepción, como por ejemplo en determinadas especialidades es permitido el asunto como sucede al respecto en materia marítima –ver artículos 10, 11 y 12 de la Ley de Comercio Marítimo, artículos 39 y 40 de la Ley de Derecho Internacional Privado y artículos 2 y 5 de la Ley del Procedimientos Marítimo, artículo 23 y 24 de la Ley Orgánica de Espacios Acuáticos, el "***forum non conveniens***" a que se refieren los artículos 11 y 332 de la Ley de Comercio Marítimo y en materia penal conforme al artículo 286 de la Ley General de Marinas y Actividades Conexas-; por último tenemos **e) Indelegabilidad atenuada:** El Estado como sujeto esencial de la "jurisdicción" no puede delegar su potestad en otros sujetos ni en órganos jurisdiccionales extranjeros, salvo los casos excepcionales que permite la ley, como sucede en materia de derecho marítimo antes señalado.

Pero **¿cómo relacionar la teoría de la "jurisdicción" con la prueba?**

La respuesta a la interrogante debemos enfocarla desde varios puntos de vista a saber: a) La consecuencia de la concatenación de los institutos fundamentales de la ciencia procesal; b) La relación con las fases o etapas del proceso jurisdiccional que generalmente se analiza bajo el título de "momentos de la jurisdicción"; y c) La forma que se ejercita o manifiesta la jurisdicción.

Como hemos expresado el Estado cumple diferentes funciones, unas veces legislativas, otras administrativas o ejecutivas y judiciales, funciones que teóricamente son separables y no confundibles, pero aunque no es este el lugar para referirnos a cada una de estas funciones y la diferenciación con funciones legislativas y administrativas o ejecutivas con la jurisdiccional, lo cierto es que hoy día las funciones se entremezclan y perfectamente el órgano del Estado encargado de la función administrativa o ejecutiva, legisla y realiza actos propios de la función jurisdiccional, el órgano encargado de la función legislativa realiza actos propios de la función administrativa y jurisdiccional; igualmente sucede con la función jurisdiccional, que también realiza actos propios de la función legislativa y administrativa; más lo que en definitiva marca la diferenciación y que permite identificar la típica función jurisdiccional que no pueden realizar los otros órganos del Estado, precisamente viene dado por la "jurisdicción", la "acción" y el "proceso", ya que en otros ámbitos eventualmente se cuenta con la posibilidad de dictar actos administrativos revisables en sede jurisdiccional, derecho de petición y procedimiento, pero nunca "jurisdicción", "acción" y "proceso", de manera que estos tres institutos son exclusivos y propios de la función jurisdiccional, que encuentra su ubicación solo en sede jurisdiccional y en el marco de la ciencia procesal.

Pero no son éstos los únicos rasgos definidores y propios de la función jurisdiccional, también son actos exclusivos de la función jurisdiccional y que son parte de la ciencia procesal el sistema de protección cautelar mediante el decreto de medidas cautelares, ya que esta función es exclusiva de la jurisdicción, la que ejerce junto a la potestad preventiva, esta última que también puede ser ejercida por

mandato legal por las otros órganos del Estado –legislativo y administrativo-; la presencia de partes como sujetos procesales y no de simples peticionantes o interesados; el dictado de la sentencia judicial como acto lógico y volitivo del órgano jurisdiccional, que debe ser motivada de manera lógica, racional, razonable, congruente, no absurda y jurídicamente correcta, vale decir, que no sea jurídicamente errónea o falente por estar inficionada de errores de procedimientos o juzgamiento; la cosa juzgada o *res iudicata* –aunque no todas las decisiones judiciales hace tránsito a la cosa juzgada y existen actos no jurisdiccionales que adquieren tal carácter o atributo-; también el acceso a los recursos judiciales, sean ordinarios, extraordinarios o excepcionales, caracterizados esencialmente por el doble grado de jurisdiccional o doble instancia, a lo que se suma la ejecución de la sentencia o actos equivalentes –transacción, convenimiento- circunstancia esta que en definitiva nos permite afirmar la existencia de una ciencia jurídica autónoma como lo es el "Derecho procesal" cuyo ámbito de aplicación o despliegue se ubica en la sede jurisdiccional, en la función jurisdiccional.

Si entendemos la "jurisdicción" como una postetad de administración justicia, de declarar la voluntad de la ley en el caso concreto imponiendo la consecuencia o sanción que corresponda según las pretensiones ejercitadas, que es consecuencia del ejercicio de la "acción" y cuya unión genera "proceso" como vaso comunicante e instrumento de la "jusrisdicción"; más aún, si entendemos que en el marco de un proceso jurisdiccional lo que se busca es una sentencia como mayor exponente de la "jurisdicción" donde el judicante emitirá su "juicio" respecto a la controversia planteada –cuando se trata de asuntos contenciosos- lo que en definitiva permite cumplir tanto fines públicos como privados del proceso, vale decir, la aplicación del derecho para el mantenimiento de la armonía y paz social, así como la satisfacción de intereses particulares, el tema de la prueba juega un papel fundamental en estos fines, pues la aplicación del derecho, de las consecuencias jurídicas contenidas en las normas que aplique e interprete el juez en su sentencia, será –general aunque no necesariamente- el producto de una actividad probatoria precedida por un afirmación de hechos que tienen relevancia jurídica y que producen una consecuencia pretendida.

De esta manera y como lo hemos afirmado, en las partes descansa el tema de la heurística o averiguación de los hechos ocurridos y estampados en las personas, objetos, cosas, así como la probática fuera y antes del proceso, luego de lo cual, en función de cada interés y ante la posibilidad que esos hechos produzcan consecuencia previstas y amparadas por el ordenamiento jurídico, deberán ser afirmados o enunciados en el proceso como fundamentos de las pretensiones o excepciones, las cuales de ser controvertidas, deberán ser reconstruidas y llevadas al conocimiento del juzgador para su verificación y convicción, lo que se hará con la proposición de los "medios" de prueba que llevarán las "fuentes" que en definitiva permitirán acreditar los hechos a través de la comparación que hará el judicante entre las afirmaciones y las fuentes, lo que podrá eventualmente y conforme a la actividad probatoria desplegada

conducir a la convicción judicial respecto a dichas afirmaciones –existencia o no según cada versión afirmada-. Sólo de esta manera y conforme a la actividad probatoria el juez puede dar por establecido los hechos afirmados en el proceso –sin perjuicio del establecimiento por estricta legalidad, por máximas de experiencia o por presunciones- vale decir, tener como ciertos los hechos que sirven de presupuesto de las normas jurídicas que deberá aplicar e interpretar.

La prueba servirá al judicante como convicción o certeza sobre los hechos afirmados por las partes, actividad que precede a la escogencia e interpretación de la norma para luego de entremezclarse los hechos establecidos con el derecho –subsunción- producir la consecuencia que se presentará como la decisión judicial que resolverá el caso y que vinculará –por los efectos de una cosa juzgada- a las partes. Lo dicho nos indica que la "jurisdicción" en el ejercicio de sus actividades y fundamentalmente, del "juicio" jurisdiccional como su más importante acto, requiere generalmente de una actividad probatoria que permita construir la sentencia, conforme a la convicción judicial de los hechos afirmados por las partes que sea la consecuencia de una actividad probatoria inmaculado y conforme a un debido proceso, lo cual permitirá establecer los hechos en el proceso para dar paso a la aplicación e interpretación de la norma.

Sin bien la "jurisdicción" y concretamente, el "juicio" jurisdiccional traducido en sentencia, no requiere en forma indispensable de la actividad probatoria, pues los hechos pueden quedar establecidos en el proceso a través de otros medios que no requieran de dicha actividad, por línea general es la actividad probatoria respecto a los hechos afirmados la que conducirá a la prueba entendida como convicción sobre los hechos afirmados o enunciados en las diversas pretensiones y excepciones, permitiendo la fijación fáctica que ha de tenerse como cierta para producir efectos jurídicos conforme a las normas que sean aplicables.

Es esta la relación fundamental entre la "jurisdicción" y la prueba, más no la única, pues y como señaláramos la "jurisdicción" no se limita ni agota con la sentencia, por el contrario la misma se desarrolla desde el momento del inicio del proceso hasta su eventual ejecución atravesando por diferentes fases etapas dentro de ese "proceso" que ubica un "procedimiento" de desarrollo de actos procesales coordinados y concatenados, lo que en la "teoría de la jurisdicción" se estudia bajo el título de momentos de la "jurisdicción", que comprende la cognición, la decisión y ejecución, el primero de los cuales -y que es el que nos interesa- se refiere a la fase cognoscitiva o de conocimiento conformado por todos aquellos actos procesales realizados en cada procedimiento hasta llegar al acto sentencial, que atraviesa por la fase alegatoria, probatoria y decisoria, de manera que y respecto a la actividad probatoria en general, para llegar a la prueba resulta necesario contar con un momento de la "jurisdicción" que permita llevar al proceso las "fuentes" con la producción y evacuación de los medios en contradicción, bilateralidad, oralidad –

según el sistema de procedimiento- con inmediación y concentración, en cumplimiento de las reglas constitucionales y legales, lo que generalmente suele denominarse fase de instrucción o probatoria, de manera que esta etapa resulta esencial para llegar a la prueba, lo que conecta la misma con la "jurisdicción", concretamente siendo uno de sus momentos.

10.3. La "acción" y la prueba.

Visto el tema de la "jurisdicción" y su relación con la prueba, en este apartado nos toca referirnos a otro de los elementos esenciales de la trilogía como lo es la "acción", figura estelar a partir de la cual los estudios del Derecho procesal lograron adquirir autonomía frente al derecho civil a raíz de la señalada polémica que en los año 1856 a 1858 se presentó entre los profesores alemanes Bernard WINDSCHEID y Theodor MÜTHER en torno a la acción, de donde en definitiva surgiría la escuela sistemática o científica alemana.

Pero ¿a qué se refirió esta polémica?

Bernard WINDSCHEID, profesor universitario de unos cuarenta y cinco (45) años de edad, conocidos por sus estudios romanísticos y civilistas, en 1856 escribiría un trabajo intitulado *"La actio del derecho civil romano desde el punto de vista del derecho actual",* donde expondría que mientras en el Derecho Romano la "*actio*" era el derecho mismo, en Alemania el derecho era primero que la acción, pero además esa "*actio*" era la "*anspruch*" o pretensión material, concebida o entendida como el derecho a reclamar la prestación debida cuando se trasladaba al proceso.

Según WINDSCHEID la acción en el Derecho alemán era la "*anspruch*", vale decir, la pretensión materual que se tiene y hace valer cuando se lesiona un Derecho sustancial o material, dirigido contra el demandado y esto se convierte en acción cuando es llevado al proceso, de manera que se identificó la "acción" con la "pretensión" material, siendo el sujeto pasivo el demandado, siendo esto lo que fue considerado como acción.

Obsérvese que para WINDSCHEID la acción era la pretensión material contra el demandado llevada al proceso, de ahí que lo que realmente logró descubrir el profesor alemán fue el derecho de "pretensión" material, pues como se viene expresando, a decir del precitado profesor cuando se lesionaba o vulneraba un Derecho sustancial o material, el actor tenía una pretensión material contra quien había lesionado o violado tales derechos a los efectos que resarciera los daños causados, resarcimiento que podía hacerse voluntariamente y sin intervención del órgano jurisdiccional, o en su defecto acudiendo a la "jurisdicción" donde esa pretensión material se convertía en "acción", lo que en resumidas cuentas nos

permitirá precisar que esta teoría consideró la "acción" como la pretensión material deducida en juicio, ante el violador del Derecho sustancial o material y frente o contra el demandado.

Por su parte Theodor MÜTHER, profesor también alemán de la universidad de Könisberg, proveniente de la escuela de Jossf KHÖLER en Berlín, en reciente ejercicio de la cátedra, procesalista, quien contaba con unos treinta (30) años de edad, de carácter agrio como exponen los doctrinantes y que no conocía personalmente a Bernard WINDSCHEID tal como el mismo lo expondría ni contaba con su misma fama, en 1857 a raíz de la lectura del trabajo del precitado profesor escribiría un trabajo intitulado *"La teoría de la acción romana y el derecho moderno de obrar"* donde expresaría que la acción se aparta del Derecho civil y pasa al Derecho procesal, siendo un Derecho público subjetivo en el cual existe un obligado, como lo es el Estado, lo que traería como consecuencia que la "*actio*" romano, contrario a lo sostenido por WINDSCHEID no era algo equiparable con la "*anspruch*" alemana, pues precisamente aquella era el derecho de obtener la fórmula de manos del pretor o magistrado.

La acción para MÜTHER como bien se refleja, no era un anexo del Derecho sustancial, sino un derecho singular que existía junto al otro, lo que permitía al actor tener dos (2) vías para reclamar sus derechos, una frente al Estado y la otra del Estado frente al demandado; la acción no es el Derecho material sino un derecho que nace de su violación y que se dirige hacia el Estado, de manera que ante la vulneración del derecho material nacen dos derechos, el primero –la acción- frente y hacia el Estado para obtener la tutela estadal y el otro, del Estado contra el demandado autor de la violación o lesión para obtener o procurar el remedio contra la lesión, esto y no otra cosa era la acción.

Pero en el mismo año de 1857 Bernard WINDSCHEID produce su réplica a Theodor MÜTHER, lo que haría a través de un trabajo intitulado *"La actio. Réplica al doctor Theodor Müther",* donde expondría que no había sido su intención referirse en el trabajo al concepto de "acción", del cual solo de manera "impropia" podría significar derecho, como derecho de actuar, pues la "acción" –señalaría- sería el derecho de actuar en juicio, esto es, *"La Klagerech".*

Sin perjuicio que WINDSCHEID realmente lo que descubrió fue el instituto de la "pretensión" y que MÜTHER no logró llegar a descubrirla, lo cierto es que este debate abrió un nuevo destino a la ciencia procesal, la cual tendría desde ese momento sus inicios, de ahí la importancia de esta polémica girada alrededor de la "acción".

Pero **¿qué es la acción?**

Siguiendo al maestro Hernando DEVIS ECHANDÍA,[141] podemos decir que la "acción" *es un derecho, público, cívico o constitucional, más aún, fundamental, subjetivo, abstracto, autónomo, que tiene toda persona*

---

[141] Hernando DEVIS ECHANDÍA. Compendio de Derecho Procesal. Tomo I. Teoría General del Proceso. Octavo Edición. Editorial ABC. Bogotá 1981.

natural o jurídica, de derecho público o privado, en el primer caso sea nacional, estadal o municipal para acceder a la "jurisdicción" y obtener de la misma un pronunciamiento cualquiera sea su contenido, previo el trámite de un "proceso", incluso para pedir que se inicie una investigación o de comienzo al proceso penal.

Obsérvese con detenimiento que esta definición de la "acción" como uno de los elementos de la trilogía o del trinomio, involucra necesariamente los otros dos institutos; sin uno de ellos no hay ciencia procesal, siendo como indicamos la "acción" el "*prius*" del proceso y dependiendo de la "jurisdicción". Pero veamos la caracterización del concepto ofrecido.

a. La "acción" primeramente es en "derecho", no una potestad, facultad o deber, se trata de un derecho fundamental del cual se encuentra investido todo sujeto para acudir a la "jurisdicción" cuando considere que existe el interés de su intervención para la tutela de sus derechos, pues recordemos que cuando se limitó la autodefensa, precisamente su sustracción de la mano privada de los ciudadanos para ser depositada en el Estado mediante la figura de la "jurisdicción", se le dotó al ciudadano de la herramienta o instrumento que le permitiría acudir a esa "jurisdicción", como lo es precisamente el Derecho de "acción", sin el cual en un estado democrático, social y de derecho, regido por el principio dispositivo en su actividad jurisdiccional, vale decir, del "*nemo iudex sine actori*", la "jurisdicción" sería ineficaz e inaplicable –recordemos que la jurisdicción oficiosa es síntoma de regímenes totalitarios, lo que lamentablemente comienza a reflejarse en nuestro sistema, como ocurren con la reciente Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativo-.
b. La "acción" se refiere a una actividad jurídica por naturaleza, ya que asigna relaciones jurídicas y obligaciones, cargas, facultades y deberes.
c. La "acción" –al igual que sucede con la "jurisdicción" y el "proceso"- es una institución exclusiva del "derecho procesal", no ubicándose fuera de ella, pues precisamente el derecho procesal y la función jurisdiccional se caracteriza por estos institutos, de manera que ante la administración pública, incluso ante los tribunales de la República, fuera de la exigencia de la "jurisdicción" para éste último caso, pues los tribunales también cumplen funciones administrativas, solo se prevé el derecho de petición constitucional, no así el "derecho de acción" sin perjuicio que esto también pueda ser aplicable y extensible a la "pretensión".
d. La "acción es un derecho "cívico o constitucional", pues pertenece al bloque de los derechos fundamentales del ciudadano que se ha venido regulando y tecnificando desde la Declaración de los Derechos del Pueblo y desde la primera Constitución, ambos instrumento fundamentales de 1811, hasta la fecha, donde tal derecho se ubica en el artículo 51 de la Constitución de 1999, que aún cuando en puridad de verdad garantizaron el derecho de "petición", la "acción" no es otra

cosa que una de sus emanaciones, una petición concreta ante el órgano jurisdiccional que hoy tecnificado y separado del derecho general de petición, encuentra su regulación en el artículo 26 constitucional como uno de los elementos esenciales del Derecho a la tutela judicial efectiva; igualmente su fundamento como derecho humano lo ubicamos en el artículo 8 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, en el artículo XVIII de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, en el artículo 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos –Pacto de San José de Costa Rica- y en el artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

e. La "acción" es un Derecho "subjetivo", entendido como un derecho fundamental que puede ser ejercitado por los sujetos de derecho.

f. Pero al lado y vinculado al derecho "subjetivo", la "acción" se presenta como un Derecho "abstracto", pues no pertenece ni corresponde a un sujeto determinado, sino que como derecho fundamental puede ser ejercitado por cualquier sujeto, incluso colectivos y difusos para hacer valer derecho supra-personales. Pero el carácter "abstracto" de la acción también debemos identificarla con que su ejercicio no está supeditado a la existencia previa o no del Derecho sustancial o material, de la titularidad o no del mismo, ni de su lesión, de manera que no se busque una sentencia ni de fondo ni favorable, sino que basta el mero interés de que actúe la "jurisdicción" y de obtener del Estado un pronunciamiento cualquiera sea su contenido, lo que nos permite observar su diferenciación con otro instituto cuyas características precisamente son contrarias a las expresadas, como lo es la "pretensión".

g. La "acción" es un derecho "autónomo", pues como hemos visto luego de la polémica WINSCHEID-MÜTHER, definitivamente se separa del Derecho civil, ubicándose en la ciencia procesal, lo que se traduce que su ejercicio no depende de la existencia previa o no del Derecho sustancial o material, de la titularidad o no del mismo, ni de su lesión.

h. La "acción" es un derecho "ilimitable" o "irrestringible", pues no existe acto que pueda impedir al tratarse de un derecho fundamental, lo contrario sería devolver al ciudadano la justicia privado, la justicia primitiva por sus propias manos.

i. El ejercicio de la "acción" podrá en funcionamiento la actividad jurisdiccional para llegar en definitiva a la "jurisdicción", previo el trámite de un "procedimiento" ubicado dentro de un "proceso".

Pero para relacionar el tema de la "acción" con la prueba, se nos hace necesario referirnos previamente a tres institutos más que son generalmente analizados al estudiar el tema de la "acción" y

que también encontrarán ubicación y relación con la prueba, tales como lo son el "derecho de contradicción", la "pretensión" y la "excepción". Veamos.

El **"derecho de contradicción"** puede decirse que por aplicación del concepto de bilateralidad, *es el mismo derecho de acción en su versión negativa; se trata al igual que la acción de un derecho público, cívico o constitucional, más aún, fundamental, subjetivo, abstracto, autónomo, que tiene todo sujeto a obtener una decisión justa sobre el litigio que se le plantea, incluso acerca de la imputación o acusación para el proceso punitivo, mediante una sentencia que debe dictarse luego de la oportunidad de haber sido oído en igualdad de condiciones por un juez natural y preexistente, para defenderse, alegar, probar e interponer recursos que consagre la ley procesal, lo que en resumidas podemos decir que se trata del derecho del demandado, imputado o acusado a no ser juzgado sin antes haber tenido la oportunidad de haber sido oído, cuyo objeto no es una sentencia de fondo y favorable, eso es, una tutela jurídica concreta mediante sentencia favorable, sino que como derecho abstracto busca una sentencia que simplemente sea justa y que le haya brindado la previa oportunidad de haber sido oído legalmente conforme a un debido proceso.*

Este derecho de "contradicción" se presenta como un derecho fundamental, un derecho humano que como sucede con la "acción" no se relaciona con el Derecho sustancial o material reclamado, no buscando como indicamos una sentencia ni de fondo ni favorable, por el contrario como derecho "abstracto" busca una decisión de cualquier contenido pero que sea justa, derecho que en el proceso contencioso donde se manifiesta la bilateralidad, corresponde a cualquier sujeto por el simple hecho de haber sido demandado o acusado quien podría ejercitar sus defensas como derecho fundamental mediante el ejercicio de las excepciones u oposiciones como veremos más adelante, lo cual es una carga potestativa del demandado o acusado, de manera que lo que se garantiza con la "contradicción" es el haberse tenido la oportunidad legal de ser oído, se tengan o no defensas concretas que ejercer, se hayan ejercido o no, derecho que como hemos estudiado en otro ocasión,[142] desde la Declaración de los Derechos del Pueblo y desde nuestra primera Constitución, ambos instrumentos de 1811, han venido siendo previsto como derechos fundamentales, al tratarse de derechos que envuelven la igualdad, la necesidad de ser previamente oído antes de ser enjuiciado, la imparcialidad, contradicción y audiencia bilateral, cuyo desconocimiento simplemente genera la lesión de los más mínimos Derechos humanos de aplicación procesal.

Respecto a la **"pretensión"** observamos que se trata del fin concreto y específico que se persigue con el proceso, sea contencioso o no; el interés que se busca en satisfacción de un derecho; el efecto jurídico concreto perseguido por el demandante con el proceso, por medio del cual se quiere vincular al demandado o acusado cuando se trata de procesos contencioso.

---

[142] Véase nuestro trabajo titulado El Sistema de Amparo. Derecho Procesal Constitucional. Un enfoque crítico y procesal del instituto. Ediciones Paredes. Caracas, 2012.

El instituto de la "pretensión" como podrá observarse de lo escrito hasta ahora, fue descubierto científicamente por WINSCHEID en 1857, sin perjuicio que desde el período formulario del Derecho Romano, ubicado en la segunda época del *ordo iudicium privatorum* que regularía en una forma un poco más amplia el período de la *legis actionis* derogado por la *Ley Aebutia* y las *Dos Julias* y donde conseguimos que ya la precitada fórmula generalmente contenida la denominada "*intentio*" que no era otra cosa que la "pretensión", junto con otros elementos generales como la "*demostratio*" que se refería a los fundamentos de hecho y de derecho de la fórmula, la "*condemnatio*" que era el poder que el pretor o magistrado otorgaba al juez para condenar o absolver, la "*adjudicatio*" que en materia de familia era considerados como atribuciones o constituciones de derechos, sumado a elementos accidentales, como era las "*adjectionis*" referidas a las agregaciones del demandado o exigencia en relación a la demanda y la defensa, donde se destacaron las "*excepciones*" y "*prescriptiones*".[143] Luego, según el diccionario de la Real Academia Española, la pretensión proviene de la palabra latina o del latín "*preatensio*", "*preatensionis*" que significa solicitar para conseguir una cosa que se desea, de manera que "pretender" es aspirar, querer, desear algol.

Pero si bien con WINSCHEID nace el estudio científico de la pretensión, en la propia escuela alemana fueron Leo ROSEMBERG y en la escuela italiana Francesco CARNELUTTI, al tratar la "teoría abstracta de la acción", quienes logran perfeccionar el concepto y el instituto, al señalar que podría observarse del mismo tres (3) elementos como serían la "acción", la "pretensión" y la "demanda", elementos éstos que no lograron distinguirse en la "teoría concreta de la acción", ambas partes de la "teoría autónoma de la acción" que separaron el instituto del Derecho sustancial o material, por oposición a la "teoría clásica , monista o unitaria" donde el derecho de "acción" y el sustancial o material se confundían. Luego, como se indicó en la "teoría concreta de la acción" estos elementos se confundieron, llegando incluso a considerarse la "demanda" como el acto que iniciaba el "proceso" y la "pretensión" como uno de sus capítulos, todo lo que originaría un error en el concebimiento de la "acción" respecto a sus elementos, como sujetos, objeto y fin, confundiéndolos con la "pretensión" vale decir, confundiendo la carta con el contenido, todo lo que daría paso al famoso retruécano de Enrico REDENTI equipándose la "acción", la "pretensión" y el "derecho*" al señalar que "con la acción (actividad procesal) se propone al juez la acción (pretensión) y el dirá si existe la acción (derecho)."*

---

[143] Sobre el tema puede consultar los siguientes trabajos: Humberto CUENCA. Proceso Civil Romano. Ediciones Jurídicas Europa-América. Buenos Aires, 1957. Eugéne, PETIT. Tratado Elemental de Derecho Romano. Valletta Ediciones. Bueno Aires, 2006. Paul JÖRS. Derecho Privado Romano. Edición refundida por Wolfgang Kunkel. Tradicción de Leonardo Prieto Castro. Editorial Labor S.A. Barcelona, 1937. Vittorio SCIALOJA. Procedimiento Civil Romano. Ejercicio y defensa de los derechos. Traducción de Santiago Sentís Melendo y Marino Ayerra Redin. Ediciones Europa-América. Buenos Aires, 1954.

Resumiendo podemos decir que la "pretensión" en definitiva *es el interés jurídico sustancial que se hace valer mediante el ejercicio de la "acción" para que previo el trámite de un "proceso" se obtenga de la "jurisdicción" la tutela o reconocimiento de un derecho mediante una sentencia generalmnente definitiva y además favorable.*

Por último y en cuanto a la **"excepción",** debemos señalar que se trata junto a la **"oposición",** de una de las formas de ejercicio o como se materializa el derecho de contradicción, más aún, por la bilateralidad del concepto, es la "pretensión" en su versión negativa, que se traduce en el acto de voluntad del demandado oacusado donde manifiesta su resistencia a la pretensión del accionante, proponiendo defensas de cualquier naturaleza –extintivas, impeditivas, invalidativas, modificativas- en busca de una sentencia que le sea favorable, incluso que no haya proceso para los casos en que se propone una reposición o excepción previa o perentoria; pero el derecho de "excepción" difiere del derecho de "oposición", pues mientras en el primero el demandado o acusado asume una conducta activa ejercitando en forma cierta y efectiva defensas contra la pretensión del demandante o acusador para destruirla, modificarla, anularla, nulificarla, invalidarla, la "oposición" simplemente se limita a cuestionar o resistir la pretensión en forma general o genérica, sin asumir ninguna defensa concreta en su contra, ello sin perjuicio que ambas busca una sentencia de contenido favorable.

Puesto en este estado el asunto nuevamente nos preguntamos: **¿cómo relacionamos en tema de la "acción" la prueba?**

Una de las características propias del sistema procesal de los países democráticos, Sociales y de Derecho, es precisamente la separación de la función jurisdiccional y del sujeto peticionante, esto es, que desde la visión netamente procesalística y constitucional, incluso democrática, no pueden conjugarse en un mismo sujeto las instituciones de "jurisdicción" y de "acción", como en un tiempo sucedió en el sistema procesal penal inquisitivo a través del famoso "sumario", donde la "acción pública" podía ser intentado por el sujeto detentador de la "jurisdicción" como lo es el judicante, de manera que éste era el sujeto iniciador del proceso –acción- investigador, acusador y juzgador. Luego, en el marco del sistema procesal, como elementos propios de la "acción" y relacionados a él, se encuentra el que el órgano jurisdiccional no puede oficiosamente –salvo casos excepcionales- iniciar un "proceso" de oficio, vale decir, activar la "jurisdicción" a través de un "proceso", dado que conforme al principio dispositivo –*nemo iudex sine actori*- se requiere del sujeto titular del derecho de "acción" para que sea éste quien ponga en funcionamiento el aparato jurisdiccional, que luego de activado despierta en el órgano jurisdiccional la posibilidad de actividad oficiosa y de instar el proceso hasta su culminación como director que del debate es el *judex*.

En este sentido encontramos, que en los diferentes "procedimientos" a partir o por conducto de los cuales se lleva el "proceso" solo puede ser consecuencia y activarse como consecuencia de que los

particulares ejerciten el derecho de "acción", lo que abrirá y pondrá en funcionamiento el aparataje jurisdiccional, más la "jurisdicción" no puede iniciar de oficio procesos so pena de unificar antidemocráticamente la institución de la "acción" y de la "jurisdicción" en un mismo sujeto, así tenemos por ejemplo que en los procesos civiles, mercantiles, tránsito, agrario, de niños, niños y adolescentes, marítimos, aeronáuticos entre otros, salvo la instancia de parte a través de la demanda, solicitud, petición, querella, acusación o llámese como sea, la "jurisdicción" y consecuencialmente el "proceso" no puede iniciarse de oficio –salvo sus excepciones- se requiere –insistimos- la excitación de parte, lo que igualmente se presenta en el sistema penal acusatorio, donde el tema de la investigación corresponde alo Ministerio Público y los órganos de investigación, la acusación en los delitos de acción pública corresponderán a las partes, esto es al Ministerio Público y eventualmente a la víctima quien puede presentar su acusación privada sin perjuicio de adherirse a la acusación fiscal, todo lo que se ubica dentro del principio dispositivo y acusatoria respecivamente, donde son las partes las dueñas del proceso, de manera que así como lo iniciaron pueden terminarlos por actos de autocomposición procesal –cuando se trate de derechos disponibles- el tema de los hechos –su heurística, probática fuera del proceso, incluso luego de afirmados ya en el proceso- es cuestión que solo corresponde a las partes, el judicante debe limitar su potestad jurisdiccional al tema debatido entre las partes sin salirse del mismo so pena de incurrir en vicios del acto sentencial censurable por vía recursiva, donde y respecto al tema probatorio, esto es, la aportación de las "fuentes" con la proposición de los "medios" y en sus oportunidades procesales correspondientes para generar en definitiva la prueba, se mueve a través de "cargas" que colocan en cabeza de las partes lograr esa convicción judicial conforme a la actividad probatoria, ello sin perjuicio de la actividad probatoria oficiosa que permite al judicante ordenar medios en las oportunidades indicadas en la ley, sin suplir la deficiencia o negligencia probatoria mediante su actividad oficiosa.

Lo anterior nos permite observar y afirmar que el principio dispositivo se ubica y es consecuencia del instituto de la "acción", lo que en el marco del proceso jurisdiccional, se materializa con la activación de la "jurisdicción" y que generará el "proceso"; principio dispositivo que como señalamos coloca en cabeza de las partes la carga de la afirmación o negación de los hechos y fundamentalmente la aportación de las "fuentes" de prueba. Luego, el órgano jurisdiccional debe actuar conforme a las peticiones de las partes, deben ceñir su actividad en el acto sentencial conforme a lo alegado –o acusado- y probado –principio de congruencia previsto en el artículo 12 del Código de Procedimiento Civil y en el artículo 345 del Código Orgánico Procesal Penal- sin desbordar las pretensiones y excepciones, vale decir, el tema controvertido y las peticiones de las partes, circunstancias éstas de suma importancia para relacionar los institutos que estudiamos, primeramente por el hecho que son las partes quienes tienen la carga de la prueba que es consecuencia de la carga de la alegación o afirmación de los hechos, lo que a su vez es

producto del principio dispositivo y acusatorio comprendidos en el ejercicio de la "acción" y por bilateralidad de la "contradicción"; pero también estas actividades –alegación, excepción y prueba- marcan el tema controvertido y sobre lo cual ha de recaer la "jurisdicción", de manera que el tema de la prueba en su noción de actividad, de aportación o proposición de medios y de fuentes para la convicción judicial, como actividad de partes es el reflejo de ese derecho constitucional, cívico y procesal de la "acción" y por bilateralidad de la noción o del concepto, de la "excepción".

Ya refiriéndonos a la "pretensión" y a la "excepción" y su relación con la prueba, el tema es mucho más sencillo, pues son las partes en el marco del proceso judicial cognoscitivo quienes realizan la afirmación o negación de los hechos a través de los mencionados institutos, sea en la demanda, en la contestación, en la acusación o en la defensa, y es precisamente sobre los hechos afirmados de manera positiva o negativa cuando son controvertidos, que ha de recaer la carga probatoria, la actividad probatoria de partes –excepcionalmente del judicante- para conseguir o llegar al resultado de la convicción o certeza judicial, todo lo que puede resumirse en la existencia y necesidad de *onus explanandi* y un *onus probandi* en cabeza de las partes –principio de dispositivo y acusatorio respectivamente-. De esta manera la carga de la alegación, la enunciación de los hechos que fundamentan tanto la pretensión como la excepción de las partes, involucra la carga de la prueba, pues es a éstos a quienes les interesa acreditar los hechos, llevar las "fuentes" que sirvan para la convicción judicial, siendo en consecuencia la prueba y la actividad probatoria una emanación de los institutos de la "pretensión" y de la "excepción" enj específico y en general de la "acción" y la "contradicción".

10.4. El "proceso" y la prueba.

El último de los institutos de la ciencia procesal que tocaremos –pero no por ello menos importante- es precisamente el "proceso", para luego relacionarlo con el tema de la prueba.

El "proceso" en su evolución histórica y como instituto fundamental de la ciencia procesal, cobra autonomía luego de los estudios del profesor alemán Oskar VON BÖLUW en 1868,[144] especialmente con el trabajo intitulado "*La Teoría de las Excepciones Procesales y los Presupuestos Procesales"*, referido al análisis de excepciones y presupuestos procesales en el Derecho Romano, donde no se llegó a conocer la distinción, pues todo fue concebido como excepciones a dilucidar en la fase previa del procedimiento, esto es, en la llamada fase "*in iure*" que precedía a la llamada "*in iudicio*"; señaló el profesor alemán que una cosa eran las excepciones y otra los presupuestos procesales que debían ser decididos en una fase previa al proceso y de oficio.

[144] Oskar VON BÜLOW. La Teoría de las Excepciones Procesales y los Presupuestos Procesales. Traducción de Miguel Ángel Rosas Lichtschein. Ediciones Jurídicas Europa-América. Buenos Aires, 1964.

Tras los estudios de VON BÖLUW se dio autonomía al proceso judicial, cuando se refirió a los presupuestos procesales indistintos y separados del Derecho sustancial o material debatido y subyacente, siendo estos presupuestos los siguientes: 1. La jurisdicción; 2. La competencia; 3. La capacidad para ser parte en el proceso; 4. La capacidad procesal; 5. La capacidad de postulación; 6. Demanda técnica o requisitos de la demanda; 7. Trámite procesal adecuado o debido proceso; y 8. Ausencia de caducidad.

El "proceso", terminología de razón latina, proviene de la palabra "*processus*" referido a ir hacia adelante, caminar, que proviene a su vez del Derecho Canónico, de origen Canónico a diferencia del "juicio" que es de origen ibérico y tratado en Roma como "*iuditium*" lo que se distingue de procedimiento, de juicio y de litigio.

Pero **¿Qué es el proceso?**

El "proceso" es un conjunto concatenado o coordinado de actos procesales, que se producen como consecuencia del ejercicio del derecho de "acción" para la obtención de la "jurisdicción", mediante el dictado de una sentencia como máxima expresión que declare la voluntad de la ley en cada caso concreto, que tutela los derechos de los justiciables para el mantenimiento de la paz y armonía social, y que comprenderá los actos de ejecución de lo decidido y la fuerza pública si es necesario.

Lo anterior conduce a precisar como elementos caracterizadores de la definición a saber:

a. Se trata de un conjunto concatenado, secuencial o coordinado, pero lógico y razonable de actos procesales, que tienden a obtener la solución de un conflicto o la tutela de los derechos de los justiciables para el mantenimiento de la paz y armonía social, mediante el dictado del acto sentencial –jurisdicción- que declare la voluntad de la ley. Luego, se trata de actos dentro del marco del proceso debido, que se inician con el acto procesal de la demanda de parte –principio dispositivo- que materializa el derecho constitucional de "acción" como Derecho subjetivo y abstracto ubicado enmarcado en la tutela judicial efectiva a que se refiere el artículo 26 constitucional, donde se dirige la pretensión contra otro sujeto de derecho, quien tendrá el pleno ejercicio de su derecho defensivo, para dar paso a los actos probatorios y de debate –oral o escrito- que culminarán con ese señalado acto sentencial, recurrible y ejecutable eventualmente.
b. En el marco del proceso intervienen fundamentalmente dos actores estelares, como lo son el demandante que ha puesto en funcionamiento el aparato jurisdiccional mediante el ejercicio del derecho de "acción", para obtener el reconocimiento y satisfacción de su "pretensión"; y el demandado –cuando son procedimientos de corte contencioso- quien como antagonista contra quien se dirige el derecho de pretensión, tendrá la debida oportunidad de ejercitar sus defensas y pruebas que enerven la exigencia judicial inicial. Pero al lado de estos sujetos, también se encuentra el *judex*, quién regido por un conjunto de principios que delinean y delimitan su

actuación judicial, para poder calificarla de debida constitucionalmente, así como de objetiva e imparcial, debe resolver el conflicto –sujeto heterocomponedor o tercerizador- mediante el dictado de la sentencia que se presenta como un juicio razonable, racional, lógico y volitivo.

c. Lo anterior nos conduce a señalar que se establece una relación triangular, donde existe actividad procesal de cada sujeto para alcanzar el fin judicial.
d. El fin del proceso judicial no será otro que la obtención del juicio decisorio, del juicio jurisdiccional que ponga fin al problema sometido al órgano judicial, lo que desde la visión constitucional se traduce en la realización de la justicia como valor superior del ordenamiento jurídico.

Pero como hemos adelantado, generalmente los conceptos de "proceso", "procedimiento", "juicio" y "litigio", no solo se confunden sino que son tratados de manera idéntica, cuando en realidad obedecen a instituciones diferentes en el marco del sistema procesal, situación esta que se ha considerado como la "hipertrofia del concepto de proceso", como ha sucedido con la "acción" al confundirla con la demanda y con la pretensión, incluso con el Derecho sustancial o material, así como con la "jurisdicción" al confundirlo con la competencia, con el ámbito territorial, con el poder o función.

Lo cierto es que el "proceso" judicial, que como hemos expresado se refiere a un conjunto coordenado y concatenado de actos realizados luego del ejercicio de la acción para la obtención de la jurisdicción, difiere y se distingue del "procedimiento" que no es otra cosa que esos actos o pasos consecutivos que realizan las partes y el órgano jurisdiccional,

Si tomamos la definición de proceso hecha, siguiendo a RAMOS MENDEZ, citado por Marcos LOREDO COLUNGA,[145] observamos que el "proceso" debe entenderse la sucesión temporal de actos o de la actividad de los sujetos procesales, con arreglo a las normas técnico-jurídicas de "procedimiento", en orden al juicio jurisdiccional. Luego, de esta definición del profesor español, puede apreciase claramente la utilización de los términos "proceso", "procedimiento", "litigio" y "juicio", sin llegar a confundirse y para explicar de manera breve y sencilla lo que constituye y conlleva el "proceso" judicial, siendo un "procedimiento" donde se discute el "litigio" para llegar a un "juicio" jurisdiccional que produzca la solución de los conflictos, mediante la aplicación de la ley al caso concreto.

Quien por primera vez realizó la distinción entre "proceso" y "procedimiento" fué Francesco CARNELUTTI, quien concibió al primero como la suma de los actos realizados para la composición de "litigio"; en tanto que el "procedimiento" vendría siendo el orden y la sucesión de su realización, siendo el proceso el continente y el procedimiento el contenido, consecuencia de lo cual puede afirmase que el "proceso" es uno y único, en tanto que el "procedimiento" puede ser diverso variado, por lo que el

[145] Marcos, LOREDO COLUNGA. La Casación Civil. Ediciones Tirant lo Blanch. Valencia, 2004. p. 33.

"proceso" puede concebirse como el sistema decimal, en tato que el "procedimiento" como la decena, el número concreto.

Hugo ALSINA,[146] al referirse al tema, señala que el "procedimiento" esta conformado por el conjunto de reglas a que deben someterse las partes y el juez en la tramitación de un "proceso", por lo que resulta concluyente afirmar que el "proceso" esta conformado por el conjunto de actos -globalización de actos-tendientes a resolver los conflictos colectivos, en tanto que el "procedimiento" viene siendo cada uno de los pasos que se realizan dentro del "proceso", es decir, la concatenación o sucesión de actos o etapas como se desarrollan en el "proceso".

CARLI, señala que el "procedimiento" y el "proceso" están en una relación de continente y contenido, siendo el "procedimiento" el conjunto de reglas que regulan el juego del "proceso", mientras que éste es el conjunto de actos procesales tendientes a la sentencia definitiva; por su parte FENECH, citado por CARLI, citado por RENGEL ROMBERG,[147] se vale de un símil para diferenciar ambas nociones: El "procedimiento" es el conjunto de instalaciones fijas del ferrocarril, las vías; en tanto que el "proceso" es el tren, que marcha sobre las vías para llegar a su destino.

Aclarada la diferencia existente entre "proceso" y "procedimiento", nos toca desentrañar el contenido jurídico del denominado "litigio", *litis* o *lite*, palabra utilizada para referirse a la existencia de conflicto de intereses, controversia o pugna, de manera que por "litigio" debemos entender la controversia surgida tanto en el marco de un "proceso" judicial como de su "procedimiento".

Por último y respecto al "juicio" que etimológicamente proviene del latín "*judicium"* que deriva del verbo "*judicare"*, integrado por "*jus"*, que significa derecho, y "*dare"* o "*decire"* significa dar, declarar, aplicar, por lo que en su acepción etimológica "*juicio"* significa dar o declarar el derecho; lo anterior nos permite afirmar que se entiende por "juicio", la declaración que del derecho o no hace el operador de justicia en la sentencia definitiva, por lo que para que exista éste, debe haber un proceso donde se siga el procedimiento para poder llegar al juicio que en definitiva resuelva a litis o litigio.

Pero **¿qué relación guarda la institución del "proceso" la prueba?**

Ya hemos dicho al tratar la cuestión de la "jurisdicción" que el "proceso" es el instrumento del cual se sirve para ejercer sus funciones o desplegar su actividad, a través de esa serie coordinada y concatenada de actos procesales que no se limitan ni terminan con el acto sentencial, aún cuando es el acto más importante y trascendental del "proceso", sino que van más allá, comprendiendo no solo la fase

---

[146] Hugo ALSINA. Tratado Teórico y Práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial. Tomo I. Ediciones Ediar Soc. Anon. Buenos Aires, 1961. pp. 400 y ss.

[147] Arístides RENGEL ROMBERG. Tratado de Derecho Procesal Civil Venezolano, según el nuevo Código de Procedimiento Civil de 1987. Tomo I. Teoría General del Proceso. Editorial Arte. Caracas, 1992. p. 174

de los recursos judiciales sino también de los actos de ejecución hasta materializar de manera efectiva la voluntad de la ley declarada en cada caso concreto.

La "jurisdicción" se despliega a todo lo largo del "proceso" y más concretamente de un "procedimiento" que ubia o comprende un momento de instrucción o probatorio, donde las partes deben aportar los "medios" que sirvan para trasladar las "fuentes" que permitan llegar a la prueba como convicción judicial que será plasmada en la sentencia; en este sentido el "procedimiento" ubicado en un concepto mayor de "proceso" necesariamente debe regular un momento probatorio donde las partes puedan realizar los actos para dar cumplimiento a su carga probatoria, a partir de la cual pueden influir en la convicción judicial que permita establecer o fijar los hechos afirmados según la comparación que se haga con las "fuentes" allegadas.

Un "proceso" que discurra en un "procedimiento" que no permita la producción de "medios" probatorios, que no permita desplegar la activiad probatoria para allegar las "fuentes", no resulta constitucional ni legal, aún cuando la propia ley permite la supresión del lapso probatorio, cuando por ejemplo los hechos afirmados no hayan sido controvertidos o hayan sido aceptados o confesados por las partes; pero esto es ujna excepción legal permitida que para nada debe influir en la necesidad –incluso-constitucional de garantizar el derecho a la existencia en tiempo o lapso probatorio que permitaa las partes realizar los actos de prueba en su noción general y no como convicción, siendo precisamente esta la relación existencial entre el "proceso" y el "procedimiento" con la prueba, sin perjuicio que precisamente el proceso tiene carácter congnoscitivo, donde precisamente y por antonomasia la actividad más importante para el conocimiento de la "verdad" o más correctamente, de la afirmación o negación de los hechos alegados o excepcionados, es a través de la actividad probatoria en general.

Por último y respecto al "juicio" entendido como el razonamiento lógico, raziojnal, razonable y crítico del judicante en la sentencia, el tema de la prueba también resulta esencial, pues la convicción o certeza respecto a los hechos afirmados, generalmente –más no en forma necesaria- es a través del despliegue de toda una actividad probatoria que incluso como tal a la noción de prueba en el sentido de convicción; es esta una de las maneras de establecer los hechos afirmados en el proceso para luego aplicar e interpretar la norma jurídica que produzca las consecuencias peticionadas o excepciondas por las partes.

En definitiva puede afirmarse que el "proceso" y el "procedimiento" son dos instrumentos cognoscitivos que sirven para comprabar la existencia o no de los hechos enunciados y consecuenciamente para alcanzar la convicción judicial.

CAPITULO II

EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LA PRUEBA JUDICIAL

....

SUMARIO. *1. Evolución histórica de la prueba judicial. Introducción. 2. Derecho Egipcio y griego. 3. Derecho Romano.3.1. Procedimiento de las acciones legales o legis actionis. 3.2. Procedimiento formulario. 3.2.1. Procedimiento in iure. 3.2.2. Procedimiento in iudicio. 3.3. Procedimiento extraordinario. 4. Derecho Germánico. 5. Derecho Común. 6. Recorrido histórico del régimen de las pruebas en el sistema legal venezolano. Introducción. 6.1. El procedimiento durante la Colonia. El llamado "Derecho de Indias". 6.1.1. Leyes vigentes en la Península Ibérica que se trasplantarían al "Derecho de Indias". 6.2. Régimen de las pruebas judiciales durante la codificación, desde 1836 a 1916. 6.2.1. Régimen de las pruebas en el Código de Procedimiento Judicial de 12 de mayo de 1836. (Código de Aranda). 6.2.2. Régimen de las pruebas en el Código de Procedimiento Judicial de 3 de mayo de 1838. 6.2.3. Régimen de las pruebas en el Código de Procedimiento Civil de 1863. (Código de Páez). 6.2.4. Régimen de las pruebas en el Código de Procedimiento Civil de 20 de febrero de 1873. 6.2.5. Régimen de las pruebas en el Código de Procedimiento Civil de 10 de diciembre de 1880. 6.2.6. Régimen de las pruebas en el Código de Procedimiento Civil de 14 de mayo de 1897. 6.2.7. Régimen de las pruebas en el Código de Procedimiento Civil de 18 de abril de 1904. 6.2.8. Régimen de la pruebas en el Código de Procedimiento Civil de 4 de julio de 1916. 6.2.9. Régimen de las pruebas en el Código de Procedimiento Civil de 13 de marzo 1986. 7. Las pruebas en el Código Civil. 7.1. Régimen de las pruebas en el Código Civil de 1867. 7.2. Régimen de las pruebas en el Código Civil de 1873. 7.3. Régimen de las pruebas en el Código Civil de 1880. 7.4. Régimen de las pruebas en el Código Civil de 1896. 7.5. Régimen de las pruebas en los Código Civiles de 1904, 1916 y 1942. 7.6. Régimen de las pruebas en el Código Civil vigente de 1982.*

1. EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LA PRUEBA JUDICIAL. INTRODUCCIÓN.

El tema de la prueba desde una noción empírica, rudimentaria u ordinaria, hemos expuesto en otro momento ha estado acompasado con la vida del ser humano, desde su nacimiento hasta la muerte, incluso

más allá; pero entendida como una noción jurídica y más aún procesalista, la misma –prueba- ha evolucionada a lo largo de la historia del mundo y de los sistemas u ordenamientos jurídicos, siendo precisamente esta evolución de su tratamiento el estudio que pretendemos abordar en este capítulo donde nos pasearemos por los distintos momentos o fases de dicha evolución, que como nos dice DEVIS ECHANDÍA pueden resumirse en las siguientes: a. Fase étnica, ordinaria o primitiva; b. Fase religiosa o mística del antiguo derecho germánico –primero- y de la influencia del derecho canónico después; c. fase legal o de la tarifa legal, donde se sometió la prueba a una valoración tarifada que se presentó como un avance en su época; d. Fase sentimental de la prueba o de íntima convicción moral, originado en la Revolución Francesa como reacción al sistema de tarifa legal, conforme a la cual se sostiene una absoluta libertad en su valoración; y e. La fase científica actual, donde se asume un sistema de libre convicción razonada o de sana crítica en la valoración de la prueba, basado en razones de la lógica, la experiencia y los conocimientos científicos.[148]

La fase étnica de la prueba se presenta en aquellos momentos donde no existía conformado aún un sistema probatorio judicial propiamente dicho; en tanto que en las fases posteriores señaladas, se parte de la premisa de la existencia de un sistema probatorio que va evolucionando a partir de la caída del Imperio Romano hasta nuestros tiempos, destacándose –como nos los enseña SILVA MELERO- que la evolución histórica en relación a la prueba procesal, sigue las líneas generales de las ramas jurídicas, por lo que hay que contar en ella con los elementos romano, germano y canónico, tomando en consideración que nuestro actual sistema procesal y de la prueba es de origen hispánico a consecuencia de la Conquista o el descubrimiento y del imperio legal español que rigió en nuestras tierras por tres siglos, las que tuvieron su origen e influencia del proceso civil común conocido como longobardo, que y como indica el citado autor español, se sustrajo de la influencia napoleónica por la razón de haberse distanciado España de las ideologías europeas;[149] no obstante la afirmación del maestro español y ya respecto a nuestro sistema procesal y probatorio, no podemos llegar a la misma conclusión pues y aún cuando nuestro proceso es de origen español, así como casi todas nuestras instituciones, también existe una marcada influencia del derecho francés, como por ejemplo sucede en nuestro Código Civil, copia del Código Napoleónico donde se ubican temas referidos a la prueba judicial.

Dicho esto pasemos al análisis de la noción y regulación de la prueba en los diferentes momentos históricos, lo que se nos antoja realizar en el contexto de un estudio más amplio ya no referido exclusivamente a la prueba, sino a ella en el marco del proceso vivido en cada uno de esos momentos.

---

[148] Hernando DEVIS ECHANDÍA. Teoría General de la Prueba Judicial. T.I. pp. 55 y ss. Igualmente puede verse en su trabajo Compendio de Pruebas Judiciales. Editorial Temis. Bogotá, 1969. pp. 14 y 15.Ob.

[149] Valentín SILVA MELERO. Ob. cit. T.I. pp. 1 y ss.

2. DERECHO EGIPCIO Y GRIEGO.

Siguiendo los estudios de ALSINA, PALACIO, VÉSCOVI y SILVA MELERO, puede decirse que en el derecho **"egipcio"** fueron conocidas las jerarquías judiciales y fueron utilizadas las pruebas instrumentales, ignorándose la forma de los juicios; que entre los hebreos, Moisés administraba justicia personalmente, pero por ser dicha función agotadora, eligió hombres rectos para que lo hicieran dentro de grupos de ciudadanos, lo que diera origen a los *centurianos*, *quinquenarios* y *decanos* entre otros, hasta le tiempo de los *Macabeos*, que se constituiría en un tribunal supremo llamado *Sanedrín* –junta de personas sentadas- compuesto por setenta y un jueces presididos por el sumo sacerdote, aunque poco después se establecerían otros tribunales formados por veinte jueces, que actuaban en las ciudades del interior conociendo de los juicios menores. Que presentadas las partes ante los jueces, que estaban sentados en una alfombra, actor y demandado exponían sus razones, haciendo luego declarar a los testigos –de los cuales se necesitaban dos por lo menos, para hacer prueba- y se presentaban documentos, luego de lo cual los jueces daban su sentencia, que podía ser ejecutado en causas civiles, pero en las criminales exigía una ratificación que debía producirse dentro del tercer día, reproduciéndose la prueba en caso que fuera necesario.

En lo que respecto al derecho "**griego**", se dice que primitivamente se presentaba un sistema regulador del proceso que corresponde a un grado avanzado de cultura, donde la organización jurisdiccional tuvo como características fundamentales la especialidad y la colegialidad, dividiéndose el conocimiento de los asuntos según el carácter civil o penal; que respecto a la organización judicial, ésta se encontraba conformada en primer lugar por un tribunal eclesiástico *Heliástico*, de *Helios* que significa sol por reunirse en pleno día en la plaza pública y conformado por seis mil miembros elegidos anualmente entre ciudadanos mayores de treinta años, de buena reputación y que no tuvieran deudas con el fisco. El tribunal ejercía sus funciones por medio de diez secciones, correspondiéndole el conocimiento de las causas civiles y penales que no estuvieran reservadas a otros órganos especializados.

En materia penal, se presentaron tres tribunales que conocieron de diversos delitos conforme a su naturaleza a saber: a) La Asamblea del Pueblo encargada de delitos político; b) El *aerópago* integrado por quienes habían desempeñado el cargo de arconte o presidente de la asamblea del pueblo, en número aproximado de cincuenta miembros, cuya competencia correspondía a las causas sancionadas con pena de muerte; y c) Las *epheas*, integrado por cincuenta y un miembros escogido por sorteo entre los senadores, cuya competencia correspondía para los homicidios simples y delitos privados. En este régimen imperaba el sistema acusatorio y el procedimiento era oral y público.

En materia civil el órgano competente era el *phirintano*, integrado hasta por quinientos miembros, siendo el proceso igualmente oral y público, regido por el sistema dispositivo, que comenzaba con la intimación del demandante al demandado para que le siguiese ante los jueces, pudiendo utilizarse la fuerza pública para la conducción, salvo la existencia de causa fundada. Luego, el actor exponía su demanda y el demandado sus excepciones, las cuales podían ser perentorias o dilatorias, procediéndose luego a tratar el tema probatorio ofreciendo pruebas que debían practicarse en el debate público ante los tribunales populares, sin perjuicio de la admisión del sistema inquisitorio donde el magistrado asumía de oficio el tema de las pruebas, para continuar con la defensa de los oradores y culminando con el dictado de la decisión, que se hacía mediante el sufragio a través de conchas marinas blancas y negras, acto que consistía en echarlas en una urna, según que el voto fuera condenatorio o absolutorio.[150]

La evolución histórica de la prueba en el campo de la filosofía arranca en este momento, a través de la teoría de los signos –señales, huellas, vestigios- que actualmente conocemos como indicios, en relación de los cuales se constituyó el núcleo de la apariencia retórica, donde con fundamento a la misma o de cualquier dato, cabía argüir la existencia de la otra que no estaba presente o aparente –construcción indiciaria partiendo del hecho o dato conocido para establecer el ignorado-.

Nos dice SILVA MELERO que en este momento resulta de importancia capital la aportación aristotélica, en cuya retórica se incluye la prueba, no como una parte sino como función del discurso que le permite alcanzar una posición central, cuyo tratamiento comprende la teoría de la argumentación, aparte de las observaciones del tipo psicológico, pues Aristóteles veía la prueba en dos aspectos a saber: el intrínseco y el extrínseco, concretándola en propia o impropia, artificial y no artificial, siendo las verdaderas pruebas el "entimema", que es el correspondiente retórico del silogismo, así como el ejemplo lo es de la inducción; que en los oradores griegos se observaba la posibilidad de la crítica a las pruebas, razonándose supuestos de inutilidad de las mismas en algunos casos, con gran rigor y dialéctica insuperable.

Nos dice el maestro español que Aristóteles, distinguiendo los argumentos que el orador tenía a su alcance para probar la propia tesis, en relación a las pruebas preconstituidas en el período instructorio, concretaba estas últimas en una distinción que tiene su corroboración en los textos, refiriéndose a testimonios, convenciones escritas, declaraciones de esclavos y juramento; respecto al testimonio, fue admitido sin mayores limitaciones que las concretas, en relación a alguna prohibición referida a mujeres, niños y esclavos, con algunas excepciones en procesos por delitos contra la vida y para esclavos

---

[150] Véase a Hugo ALSINA. Ob Cit. Vol. I. pp. 207 y ss. Jaime AZULA CAMACHO. Manual de Derecho Procesal Civil. Tomo I. Teoría General del Proceso. Sexta edición. Ediciones Temis. Bogotá, 1997. pp. 85 y ss. Beatriz QUINTERO y Eugenio PRIETO. Ob Cit. pp. 134 y ss.

comerciantes en las causas mercantiles, sin perjuicio que también en el caso de testimonio de mujeres y esclavos, se presentaba el supuesto que se contara con su consentimiento, con el concurso –en algunos casos- del tormento si se trataba de siervos.

Respecto a la prueba documental, fue conocida en el proceso griego, con una valoración de carácter sustancial y no meramente *ad probationem*, como sucedía en los contratos mercantiles, otorgándole en algunos casos y a determinados documentos acción ejecutiva y prueba plena, como en casos de negocios comerciales, especialmente cuando se trataban de banqueros, cuyos libros daban fe en los casos de personas a quienes el concepto público se consideraba como dignas de confianza.

Por último conseguimos el juramento que en la época clásica del derecho ártico, aunque considerado como medio de prueba usual, no tuvo la importancia que en otros momentos de la historia adquirió, sin perjuicio que en este momento de la historia también se conoció el juramento decisorio.[151]

3. DERECHO ROMANO.

Para este apartado y referente a la cuestión probatoria en el sistema de procedimiento romano, seguiremos los estudios de los profesores Vittorio SCIALOJA,[152] Paul JÖRS,[153] Fritz SCHULZ,[154] Eugéne PETIT,[155] Humberto CUENCA,[156] Enrique VÉSCOVI,[157] Beatriz QUINTERO y EUGENIO PRIETO,[158] Jaime AZULA CAMACHO,[159] Heliodoro FIERRO MENDEZ,[160] Hugo ALSINA,[161] J. Ramiro PODETTI,[162]

---

[151] Valentín SILVA MELERO. Ob. cit. pp. 4 y ss.
[152] Vittorio SCIALOJA. Procedimiento Civil Romano. Ejercicio y defensa de los derechos. Traducción de Santiago Sentís Melendo y Marino Ayerra Redin. Prólogo de Vicenio Arangio-Ruiz. Ediciones Europa América. Buenos Aires, 1954.
[153] Paul JÖRS. Derecho Privado Romano. Edición refundida por Wolfgand Kunkel. Traducción de la segunda edición por Leonardo Prieto Castro. Editorial Labor S.A. Barcelona-Madrid, 1937.
[154] Fritz SCHULZ. Derecho Romano Clásico. Traducción de José Santa Cruz Teigiero. Editorial Bosch. Barcelona, 1960.
[155] Eugéne PETIT. Tratado Elemental de Derecho Romano. Ediciones Valletta. Buenos Aires, 2006.
[156] Humberto CUENCA. Proceso Civil Romano. Ediciones Europa-América. Buenos Aires, 1957.
[157] Enrique VÉSCOVI. Los Recursos Judiciales y demás Medios de Impugnación en Iberoamérica. Ediciones Depalma. Buenos Aires, 1988.
[158] Beatriz QUINTERO y Eugenio PRIETO. Ob. cit.
[159] Jaime AZULA CAMACHO. Ob. cit. Vol. I.
[160] Heliodoro FIERRO-MENDEZ. Ob. cit.
[161] Hugo ALSINA. Ob. cit. Vol. I.
[162] J. Ramiro PODETTI. Tratado de los Recursos. Segunda Edición ampliada y actualizada por Oscar Eduardo Vázquez. Ediciones Ediar. Buenos Aires, 2009.

Lino Enrique PALACIOS,[163] Carlos HITTERS,[164] Humberto BRISEÑO SIERRA,[165] Hernando DEVIS ECHANDÍA,[166] Antonio ROCHA ALVIRA,[167] Valentín SILVA MELERO,[168] Rafael BERNARD MAINAR,[169] entre otros.

La historia del derecho civil romano y especialmente en cuanto al sistema de procedimientos, generalmente se suele estudiar partiendo de sus dos grandes momentos, período o épocas a saber: a) El *ordo iudicium o iudiciorum privatorum* que va desde sus orígenes, prologándose hasta el siglo III d.C; y b) La *extraordinaria cognitio* que le sucede y se prolonga hasta la mitad del siglo II a. J.C.

Dice CUENCA que en los primeros tiempos y en lo que respecto al proceso civil romano, el interesado se hacía justicia por su propia mano –autodefensa- con el concurso de los demás ciudadanos lo que evidenciaba una justicia de carácter privado, pero que debido a las dificultades que esto representó, surgió la necesidad de que un funcionario público vigilara y fiscalizara el procedimiento mediante el cual se desenvolvía la administración de justicia; funcionario que se limitaron a ser reguladores de la estricta aplicación de las fórmulas sacramentales y demás actos de procedimiento, teniendo las partes el derecho de elegir por voluntad o por suerte, al juez –magistrado- que debía averiguar los hechos y decidir la controversia, circunstancia ésta que evidencia todavía la presencia de una justicia privada, pues realmente se trataba de arbitraje, ello en virtud que el juez era designado para una sola y determinada causa actuando como verdadero árbitro en un procedimiento que generalmente era de corte oral.[170]

Tras el abandono de las justicia privada o autodefensa y asumir la función tanto el magistrado o pretor como el *iudex*, comienza el período de los procedimientos a cuyo efecto, en lo que respecto al sistema de procedimientos, se presenta a su vez una división en tres momentos o períodos, los primeros dos ubicados en la época de la *ordo iudicium privatorum* como son: a) El "*sistema de las acciones legales o legis actionis*" que parece haber imperado aún antes Doce Tablas, prolongándose durante la Monarquía, la República y parte del Imperio, hasta la mitad del siglo II a.C.; y b) El "*sistema formulario o per formularium*" que constituye el procedimiento ordinario durante el Imperio y la llamada época clásica del Derecho Romano, impuesto por la *Ley Aebutia*, cuya promulgación se ubica en la segunda mitad del siglo II, con

---

[163] Lino Enrique PALACIOS. Derecho Procesal Civil. Tomo I. Nociones Generales. Segunda Edición. Reimpresión. Editorial Abeledo-Perrot. Buenos Aires, 1979.
[164] Juan Carlos HITTERS. Técnica de los Recursos Ordinarios 2eda edición. Editorial Platense. La Plata, 2001.
[165] Humberto BRISEÑO SIERRA. Derecho Procesal. Vol. I y IV. Primera edición. Ediciones Cárdenas. México, 1969.
[166] Hernando DEVIS ECHANDÍA. Compendio de Derecho Procesal Civil. T. I. Teoría General del Proceso. Octava edición. Editorial ABC. Bogotá, 1981.
[167] Antonio ROCHA ALVIRA. Ob. cit.
[168] Valentín SILVA MELERO. Ob. cit. T. I.
[169] Rafael BERNARD MAINAR. Curso de Derecho Privado Romano. Universidad Católica Andrés Bello. Caracas, 2009.
[170] Humberto CUENCA. Ob. cit. pp. 11 y ss.

una duración que fue desde la segunda mitad del siglo II a.C hasta el siglo III de la Era Cristiana; c) El "*sistema exraordinario o extraordinario cognitio*" que representa el último de los procedimientos del sistema romano, a su vez el más antiguo de todos por haber estado en vigencia durante los momentos anteriores en forma excepcional para la tramitación de ciertos litigios y que luego con *Deoclaciano* constituyó el procedimiento seguir hasta el fin del Imperio. Analicemos el sistema de procedimieto en cada uno de estos momentos del proceso romano.

3.1. Procedimiento de las acciones legales o *legis actionis*.

En el sistema de la "*legis actionis o acciones legales*" –así como el "procedimiento formulario"- el procedimiento esta bifurcado en dos momentos o instancias en un mismo grado de conocimiento a saber: a) Una ante el magistrado o *preator* denominada "*in iure*"; y b) Otra ante el juez o *iudex* que podía ser árbitros o jurados denominada "*in iuditio* o *in iudicio*". En la primera de las fases ante el magistrado o pretor resulta indispensable estar dotado del derecho de "acción" o "*actio*" sin perjuicio de la razón que en el fondo pudiera asistir al accionante, pues cada derecho debía estar garantizado con una acción establecida en la Ley y sin la cual no podía demandarse; "*actio*" que como veremos estaba en manos del Colegio de los Pontífices y que otorgaban al demandante para hacer valer esa formula verbal y sacramental o formalista ante el magistrado pretor; respecto a la reclamación judicial, esta podía tener por objeto ejecutar lo que había sido juzgado o confesado judicialmente –*in iure* o *in iuditio*- o el reconocimiento de un derecho mediante la "*actio*" intentada, caso en el cual el procedimiento se desenvolvía en las dos fases, tanto *in iure* como *in iuditio*.

Respecto a la fase *in iuditio* se llevadaza a cabo –como se indicó- ante el *iudex*, que podía ser el juez, árbitro, jurado, esto es, un particular que conocía tanto de las cuestiones de hecho como de derecho y cuyo objeto fundamental era el dictado de la decisión que resolviera la controversia; procedimiento que se tramitó en forma totalmente oral, con verificación de pruebas y donde el demandante si demostraba su acción en la extensión de la demanda, veía coronada con éxito su reclamación, todo en el entendido que si no lograba demostrar su derecho o lo hacía de manera parcial, acreditando que solo se le debía parte de lo reclamo, su acción era rechazada como consecuencia de la rigurosidad del procedimiento que imponía al *iudex* la obligación de sentenciar a favor del accionante solo ante la presencia de prueba total.

Importa destacar como lo hace SCHULZ, que en este período del Derecho clásico de acciones es fundamental la distinción entre *iurisdictio* y *iudicatio*, el primero –de *ius decire*- que se refiere en el ámbito

del procedimiento civil ordinario, la autoridad para decidir si al actor en un caso concreto, debe serle permitido deducir su demanda ante el juez, lo que quedó en cabeza del magistrado o pretor; en tanto que la *iudicatio* –de *iudicere*- se refiere a la autoridad para dirimir, para sentenciar un proceso, en este período en cabeza del juez como sujeto privado. En este momento del Derecho romano tanto el magistrado como el juez fueron considerados como hombres dotados de buen sentido, que no necesitaban tener conocimientos completos del Derecho, pues siempre actuaban en estrecho contacto con los juristas.[171]

Con respecto al sistema de la acciones legales, dice PETIT que […] *Entiéndase por acciones de ley, legis actionis, ciertos procedimientos compuestos de palabras y gestos rigurosamente determinados, que debían ser realizados ante el magistrado, bien fuera para llegar a la solución de un pleito, o como vías de ejecución éstos procedimientos o acciones se reducían a cinco tipos llamados así: la actio sacramenti, la judicis, postulatio, la condictio, la manus injectio y la pignoris capio. Las tres primeras solo ervían para tener el fallo de un proceso, y las otras dos eran más que nada vías de ejecución. La actio sacramenti y la manus injectio son las más antiguas y posiblemente existieron solas al principio.".*[172] Fueron las *Institutas de Gaio* que se descubrieron en 1916, las fuentes principal de las acciones de ley, descubrimiento que constituyó una revelación, pues el libro cuarto de esta obra –dice SCHULZ- se ocupaba del *ius quod ad acciones pertinent.*[173]

En el elenco de acciones legales reguladas encontramos las siguientes:

a. La *actio sacramenti.*

Consistía en que delante del magistrado las partes se comprometían bajo juramento, a entregar el producto de una apuesta –que por demás nunca era entregada al vencedor y que oscilaba entre cincuenta y quinientos ases romanos- en beneficio del estado por aquel que resultara vencido en el litigio, apuesta que lleva el nombre de "*sacramentum*" presentándose como una acción general que se utilizaba, tanto para el rescate de las cosas –acción real- como para exigir el cumplimiento de obligaciones –acción personal-. Luego, en la fase *in iure*, después de ser citado el demandado deudor, comparecían los litigantes ante el magistrado, momento en el cual el reclamante colocaba su "*festuca*" –lanza según *Gaio*- sobre la cosa reclamada, si se trataba de un inmueble, pronunciando las palabras sacramentales que según CUENCA era […] *Afirmo que este fundo me pertenece en virtud del derecho de los quirites, con todo lo que con él se relaciona. Así como lo afirmo ante ti, coloco sobre él mi festuca.";* por su parte el contradictor se oponía a la pretensión, simulaban un combate para luego intervenir el magistrado o Pretor quien decía: "*Deja uno y otro el Fundo*". El demandado decía: "*Puesto que tu has reivindicado injustamente, te reto a una apuesta de mil ases*", a lo que el actor respondía: "*Y yo a ti*"; ambos juraban que el perdidoso abonaría su parte al tesoro público. Los

---

[171] Fritz SCHULZ. Ob cit. p.13
[172] Eugéne PETIT. Ob. cit. pp. 553 y ss.
[173] Fritz SHULZ Ob. cit. p. 11.

litigantes debían consignar inmediatamente el valor de la apuesta, lo que en momentos posteriores fue sustituido por la permisión de fiadores

Ya en la fase *in iuditio* se devolví todo ante el juez en plaza pública, delante de testigos que habían presenciado el debate ante el Pretor; el *iudex* oía a las parte, verificaba las pruebas presentadas sin poder oficioso para suplir y antes de la puesta del sol, debía dictar su sentencia en forma oral, la cual se limitaba a indicar cual de las partes había apostado injustamente y debía entregar el *sacramentum* al tesoro público; el juez carecía de *imperium*, por lo que no podía utilizar la fuerza pública para hacer cumplir su dictado, de manera que aún cuando el perdidoso podía rehusarse a entregar la apuesta, se exponía a la ejecución forzosa que autorizara el magistrado a través de la *manus iniectio*. Luego este procedimiento que se refería a acciones de carácter real, era igualmente aplicable cuando se trataba de acciones personales para el cumplimiento de obligaciones.

b. La *Actio Per Iudicis Postulationem.*

Expresa PETIT que se ignora si esta acción es tan antigua como la anterior, siendo que lo cierto es que parece haber sido establecida, si no en el origen, en una fecha anterior a la ley de las Doce Tablas para remediar ciertos casos.[174]

En cuanto a su contenido, se trataba de una petición de un juez o árbitro que las partes hacían al magistrado para resolver a través de una decisión sus controversias, que se aplicaba generalmente en la *stipulatio* como contrato solemne y abstracto por medio del cual una persona se obligaba frente a la otra, en tratándose del contrato *verbis* que se celebraba mediante fórmulas sacramentales *spondes* o promesa de tal cosa y *spondeo* o prometo que servía como modelo para todo tipo de obligaciones.

Luego de la *ius vocatio* o citación del demandado, las partes concurrían ante el magistrado o pretor y del demandante decía "*afirmo que estás obligado a entregarme un esclavo en virtud de un sponsio, te pido que lo confieses o lo niegues*"; de ser confirmado por el demandado, el procedimiento terminaba *in iure* y se podía procederse a la ejecución a través de la *manus iniectio*, pero en caso de rechazar la pretensión el demandante decía: "*Puesto que lo negaste yo solicito de ti, Pretor, que nombre un Juez o un árbitro*", luego de lo cual, hecha la designación se procedía al dictado de la sentencia previa la presentación y vista de las pruebas.

Este tipo de acción tenía aplicación fundamentalmente en los casos divisorios, fueran de herencia, comunidad o linderos.

c. La *Actio per Condictionem.*

Se dice que esta nueva acción fue creada por una *Ley Silia* para las obligaciones pecuniarias, por sumas de dinero o *certae pecuniae* y por la *Ley Calpurnia* para toda obligación de cosas ciertas o de *omni*

[174] Eugéne PETIT. Ob. cit. p. 559.

certare. Dice PETIT que esta acción tuvo por objeto llenar le vacío en el procedimiento, dado que el litigio sobre las obligaciones semejantes habrían podido ser reconducidas por la *actio sacramenti* o por la *judicis postulatio*, más el legislador habría querido para esta clase de asuntos, un procedimiento más simple, bien fuera por las formalidades a cumplir en la fase *in iure*, bien por una abreviación de los términos.

Respecto a los ritos de la acción los mismo fueron ignorados, solo conociéndose que el demandante intimaba al demandando ante el magistrado para que se presentara al trigésimo día para elegir al juez, esto que se conocía como *condictionem*, que no era otra cosa que citar al demandado para que compareciera en ese lapso señalado ante el juez. Luego, *condicere* significa citar, por lo que en sentido propio esta acción era llamada *condictio*, por cuanto involucraba que el actor citaba al demandado.

Al referirse a las tres acciones que hemos señalado, expresa SCIALOJA que […] *sabemos que las diferencias entre las tres acciones empleadas en la tutela de las relaciones de crédito se concentraba en la tercera fase, de la que precisamente cada acción tomaba su nombre; si la tercera fase contenía la invitación a la apuesta, se tenía la legis actio sacramento; si contenía la demanda de un juez, se tenía la legis actio per iudicis postulationem; si tenía la citación para treinta días, se tenía la legis actio per condictionem*."; que […] *Las tres legis actionies recordadas son tres formas de juicio de cognición propiamente dicho."*,[175] lo que CUENCA denominada *declarativas* pues hacía reconocer el derecho por él invocado.

d. La *Actio Per Manus Iniectionem.*

Según las Doce Tablas, se trató de la aprehensión material que el acreedor o ejecutor hace de su deudor o de su ejecutado, un procedimiento ejecutivo muy rápido; es como dice SCIALOJA,[176] la ejecución de la cosa juzgada, de manera que quién tenía una sentencia a su favor, tenía con ello el medio a propósito para la ejecución sobre la persona del deudor, que no podía defenderse sino mediante la intervención de una tercera persona que asumiera la responsabilidad de la contestación sobre la validez de la cosa juzgada, responsabilidad que si perdía la litis era condenado al "*duplo*" de la suma de los juzgado.

Dice PETIT que siendo pecuniaria toda condena, el demando condenado era reconocido deudor de una simple suma de dinero. El procedimiento de derecho común organizado para forzarlo a cumplir la condena era la *manus injectio*, la que según la Ley de las Doce Tablas, era aplicada no solo al demandado *judicatus* o *damnatus*, sino también al que había reconocido o confesado *in iure* ante el magistrado –*confessus in iure*- estándole concedido para liberarse treinta días, al término del cual de no haberse cumplido con la obligación, quedaba expuesto a los efectos de la *manus injectio*.

[175] Vittorio SCIALOJA. Ob. cit. pp. 145 y ss.
[176] Vittorio SCIALOJA. Ob. cit. po, 148 y ss.

El acreedor llevaba al deudor *in jus* conforme a las formas ordinarias, procediéndose luego a los ritos de la acción, pronunciándose las palabras indicativas de la causa de persecución y el importe de la deuda, ponía la mano sobre el deudor y el cuello, no pudiendo negar éste el derecho del acreedor y rechazar su captura –*manun depellere*- sino solamente pagando o suministrando un *vindex* que era una especie de fiador que se comprometía a pagar por el deudor y con quien se entendería el acreedor, que a los efectos de garantizar que no fuera insolventarse, se estableció que no podía desempeñar la misma función sino cuando se tratara de propietarios de ciertas fortunas y con propiedades conocidas. El procedimiento podía terminar de dos maneras a saber:

a. Si el deudor no había encontrado un *vindex*, el magistrado lo declaraba *addictus* y el acreedor podía llevarlo a su morada, encadenarlo y tratarlo como un esclavo de hecho, pero no de derecho, fijando la ley el peso de las cadenas y los alimentos que debían dársele, situación que duraba sesenta días, en el curso de los cuales el deudor podía obtener su libertad transigiendo o encontrando un *vindex*, debiendo el acreedor facilitarle su liberación mediante la publicación durante tres días consecutivos de mercado, esto es, llevándolo a tres mercados diferentes, donde el deudor estaba obligado a proclamar su condición y el precio que se exigía para su rescate para interesar a parientes y amigos al pago de su deuda, luego de lo cual, si nadie pagaba por él, era muerto el deudor o vendido como esclavo más allá del *Tíber*; cuando habían barios acreedores podían repartirse el cuerpo, lo que según el testimonio de antiguos autores esta disposición de las Doce Tablas nunca fue aplicado.

En resumen, la *manus injectio* afectaba al deudor y sólo alcanzaba sus bienes en forma indirecta, implicando la muerte del mismo o su *capitis deminutio* máxima

b. Si el deudor encontraba un *vindex*, se entablaba un nuevo proceso y la pérdida de éste hacía condenar al *vindex* al doble para castigarlo por haber trabado la litis sin razón. Ante el magistrado o pretor, el acreedor debía recitar la fórmula como había sido entregado por los Pontífices, so pena de perder el derecho o ser negado por el magistrado, lo que igualmente se trasladaba al *vindex*, que si no formulaba correctamente su fórmula perdía su derecho. Luego, ciertas leyes extendieron con posterioridad la *manus injectio* a casos donde el deudor no era un *judicatus*, ni *cofessus*, autorizándose al acreedor a usar este rigor para obligarlo a pagar, como si se tratara de sentencia condenatoria, lo que se conoció como la *manus injectio pro judicato*; derecho que la *Ley Publilia* concedió al *sponsor* contra el deudor por el cual había pagado, si no era reembolsado en el término de seis meses; en tanto que la Ley Furia de *sponsu* lo concedió al *sponsor* contra quien había exigido de él más que su parte viril.

e. La *Per Pignoris Capio o Capionem.*

Se trataba de otra acción de ejecución o ejecutiva, consistente en un modo de ejecutar el embargo sobre una cosa, generalmente mueble, caracterizada por los siguientes aspectos: a) El procedimiento era llevado a cabo fuera del tribunal, obrando por su cuenta el acreedor contra, quien solo tenía la obligación de pronunciar las palabras solemnes delante de tres testigos; b) Podía embargarse la cosa en presencia o ausencia del deudor, sin notificación o aviso alguno; y c) Podía actuarse en días fastos o nefastos. Respecto al procedimiento luego del embargo, nada se sabe, pero lo cierto es que se aplicaba a ciertas o solemnes obligaciones de carácter religioso y luego se aplicaría al cumplimiento de obligaciones importantes.

Dice CUENCA que la *pignoris* capio a través del embargo de bienes muebles del deudor, en el derecho Romano fue tratado como una verdadero sistema de acción ejecutiva, pues se trató de un apoderamiento de hecho, una expropiación que hacía el acreedor de los bienes del deudor, llevada a cabo por el particular en forma privada, aún cuando autorizado por la ley;[177] no obstante a ello, PETIT considera que la *pignoris capio* se trataba de un procedimiento por el cual el acreedor tomaba, no a título ejecutivo o expropiatorio, sino preventivo como garantía, ciertos bienes del deudor, para constreñirlo a pagar su deuda.[178] En igual sentido SCIALOJA quien escribe que […] *Pignus capere significa tomar una cosa del deudor en garantía del propio crédito; y esto es un dato seguro, pero después no se explica que se hacía con ella. Estiman muchos que la pignoris capio no producía los efectos que inmediatamente se nos presentan a nosotros cuando hablamos de prenda, esto es, el derecho a servirse de la cosa misma, vendiéndola para obtener el pago; sino que se trataba de una aprehensión sólo a título de pena, se retenía la cosa hasta que se hubiese realizado el pago para rescatar la cosa, y posteriormente, se podía llegar hasta la destrucción del objeto mismo en pena por falta de pago.”.*[179]

En este sistema de las acciones legales y en lo que respeta a la institución de la "**acción**", es interesante destacar que y como hemos señalado, la Ley de las Doce Tablas contempló un catálogo de acciones que eran puro Derecho sustancial, mirado desde el ángulo polémico –puesto en pié de guerra- del derecho. Las acciones eran concedidas por los Pontífices en una redacción formalmente estricta a los litigantes, quienes antes de acudir al magistrado o pretor, debían acudir a ellos –Pontífices- para que les fuera entregada esa fórmula que debían recitar in iure ante el magistrado de manera exacta y cumpliendo con los ritos, posturas y demás formalidades en ese procedimiento estrictamente formalista, donde no podía reclamarse otros derechos diferentes a los tenidos en la fórmula.

De esta manera podemos decir que la "acción" se reducía a esa fórmula escrita y sagrada en poder de los Pontífices, quienes la dispensaban a los litigantes para su pronunciación o recitación *in uire* ante el magistrado o pretor; en este período resultaba de mayor importancia la existencia de una acción contenida

---

[177] Humberto CUENCA. Ob. cit. p. 48.
[178] Eugéne PETIT. Ob. cit. p. 561.
[179] Vittorio SCIALOJA. Ob. cit. p. 154.

en el catálogo pontificio, que el propio derecho sustancial, más aún, se producía una confusión del Derecho con la acción, ya que quien no tenía acción no tenía derecho, no tener acción era igual a no tener derecho.

Respecto al **procedimiento** seguido en el sistema de la *legis actionis* se caracterizó por la presencia de ritos, palabras sacramentales, gestos formalistas que debían recitase ante el magistrado o pretor, lo que se realizaba en la primera fase o etapa del proceso *in iure*, con la presencia necesaria de las partes quienes procedían a su riesgo, cuenta y peligros de no perder el derecho de incumplir con las fórmulas verbales sacramentales o ritualistas que debían recitar, las cuales se encontraban fijadas con gran precisión y según los términos de la ley, de manera que al menor error simplemente se perdía el proceso. Estos ritos solemnes eran obra de los Pontífices y los patricios, contenidos en la Ley de las Doce Tablas, que eran desconocidas para la plebe lo que produjo su dominación por los patricios, todo lo que luego cambiaría al hacerse pública como consecuencia de la divulgación que de las mismas hiciera *Cnaeus Flavius* con la publicación de su repertorio lo que se llamó Leyes Flavianas o *Ius Flavianum* -Drecho Flaviano-.[180]

CUENCA al referirse a las características del sistema de las acciones legales expresa que […] *En este sistema, la acción se identifica perfectamente con la ley, de allí el nombre de acciones de la ley (legis actionis) con que se acostumbra designarlo. Pocas son las fórmulas que conocemos y muchos los textos de leyes que las ignoran. Por ello, existen grandes dudas en este sistema. Sus principales características son: a) precisión, b) solemnidad, y c) formalismo.*".[181]

La "precisión" se basaba en el hecho que la demanda era una petición que debía hacerse el juez mediante la fórmula de la ley, en latín y en tiempo presente, la cual debía ser justa a la medida de la fórmula; el "formalismo" se representaba por el hecho de ser rigurosamente formalistas el procedimiento, debiéndose realizar la recitación sacramental sin perder ni un solo elemento de la formalidad; respecto a la "sacramentalidad" la expresión de la palabra verbal al exponer la fórmula, se realizaba junto con símbolos, ceremonias, palabra.

El procedimiento como tal comenzaba con la intimación que hacía el acreedor al deudor para que compareciera ante el magistrado o pretor, intimación que se denominaba *ius vocatio*, donde si el demandado no comparecía podía ser conducido ante el magistrado o pretor utilizando la fuerza, lo que hacía el acreedor tomando nos testigos –*antestutur*- compeliendo a viva voz y fuerza conduciendo al

---

[180] Explica CUENCA que las fórmulas de las acciones legales en manos del Colegio Pontificio eran secretas y su conocimiento se reservaba a los patricios, lo que obligaba a los plebeyos a que fueran sus clientes; pero ocurrió que un plebeyo, de influencia política y social, asistía diariamente a los actos ante el magistrado y había logrado copiar las fórmulas sacramentales que de memoria debía recitarse fielmente ante el pretor. Este plebeyo era precisamente *Cnaeus Flavio,* secretario de *Appio Caluidio,* quien publicaría esas fórmulas en su mayoría lo que se denominaría *Derecho Flaviano,* lo que trajo como consecuencia que ese secreto sobre las fórmulas fuera develado dejando de tener razón de ser las mismas. Ob. Cit. pp. 53 y 54.

[181] Humberto CUENCA. Ob. Cit. pp. 41 y ss.

demandado ante el magistrado, ello sin perjuicio que el deudor podía ofrecer un *vindex* –especie de fiador- que garantiza la comparecencia ante el magistrado. Luego, ante éste, el demandado exponía o recitaba verbal y solemnemente su *actio* –ritos, palabras, gestos- en un acto procesal que recibía el nombre de *edictio actionis*, donde las partes procedían a su riego y peligro, pues la recitación de las palabras debía hacerse tal cual como estaban previstas en la ley, so pena de pérdida del derecho.

Oídas las partes, el magistrado o pretor se pronunciaba sobre la procedencia o no de la *actio*, ello conforme al régimen de la *legis actionis*, verificando el cumplimiento de algunos requisitos del proceso, siendo que en caso de encontrarse o conjugarse todos los elementos de legalidad de la acción, concedía la misma, lo que se trataba de la permisología para pasa a la siguiente fase del procedimiento, esto es, la fase *in iudicium*, dándose por concluía la fase *in iure* con la *litis contestatio*, último acto de la primera fase del procedimiento entendida como aquel contrato formal y ritual donde quedaban determinados los extremos litigiosos que debía ser resuelto por el *iudex*, ello sin perjuicio que el pretor podía negar la autorización o acción, lo que recibía el nombre de denegatio actionis. Luego, antes de salir del auditorio, las partes podía tomar como testigos a las personas que hubieran estado, presentes, a los efectos que pudieran declarar ante el *iudex* de ser necesario, lo que a decir de PETIT era la *litis contestatio*.

Importa destacar que en el período de las acciones legales, el derecho del demandante se extinguía *ipso iure* por la *litis contestatio*, que creaba en su favor un nuevo derecho frente al demanda y que precisamente era el objeto del debate y pronunciamiento en la fase *in iudicium*, donde se verificaban las pruebas y se dictaba la sentencia.

Las acciones de ley dado su formalismo riguroso que las hacía odiosas, incluso luego de producida su divulgación a través de las *Leyes Flavianas*, a consecuencia del hecho que el incumplimiento de esas ritualidades ante el magistrado, conducía al riesgo de perder el proceso, condujo a que al final de la República se dictaran leyes tendientes a suprimir este procedimiento, creándose un nuevo sistema de procedimiento llamado "formulario" u ordinario, lo que se haría a través de la *Ley Aebutia* y las dos *Leyes Juliae judicare* promulgadas bajo Augusto; por su parte CUENCA es del criterio que las verdadera motivación que dio lugar al procedimiento formulario y que deja atrás el sistema de la *legis actionis*, fueron las siguientes: a) La *actio legis* era oral, en tanto que el sistema de procedimiento formulario, a pesar que el debate se llevaba a cabo en forma oral, guardaba más garantías a los litigantes en cuanto al planteamiento de la controversia, al ser la fórmula escrita; b) Mientras que en el sistema de las acciones legales el magistrado se limitaba a dirigir el debate, a especie de mero espectador, en el formulario el pretor intervenía en forma más activa para presentar varios modelos de fórmula a las partes, dirigiendo la escogencia del juez, declarando el derecho y fijando los límites de la controversia que debía resolver el *iudex*; y c) La mayor actividad del magistrado o pretor sería fuente del llamado Derecho Honorario o

Pretorio, dado que en el nuevo sistema, el magistrado tenía mayor amplitud pudiendo llenar lagunas, atenuándose el rigorismo de las Doce Tablas, a través de un derecho nuevo y flexible, más humano, aunque también formalista.[182]

En lo que respecto a los medios de prueba en este período, conseguimos que fundamentalmente se trataba de testigos presentados ante el juez después del juramento, aunque en los períodos siguientes y como veremos, fueron aceptados medios como documentales, reconocimiento judicial, prueba indiciaria y el juramento.

3.2. Procedimiento formulario.

Se trata del segundo gran momento del *ordo iudiciarum privatorum*, donde el sistema del procedimiento formulario corresponde a la llamada época clásica del derecho Romano, siendo el mundo jurídico que se extiende desde Cicerón hasta Dioclesiano y no es circunstancial; este nuevo sistema igualmente presenta características formalistas, pero no al extremo del anterior, donde las partes igualmente deben valerse de los modelos preparados por el pretor para la definición de la controversia, sin tener que hacer recitaciones textuales, rituales, formalistas, cuya más mínima equivocación o variación conducían a la pérdida del derecho.

De esta manera abandonado progresivamente el sistema de las acciones legales, se presenta el sistema formulario a través del procedimiento formulario u ordinario, cuyo nombre es consecuencia del hecho que el magistrado o pretor redactaba una fórmula que entregaba a las partes y con la cual se designaba al *iudex* que conocería del asunto en la fase *in iudicium*, al cual remitía la controversia y le entregaba el poder juzgar, de manera que se trataba de un instrumento escrito que contenía en general éstos elementos, tal como lo veremos seguidamente; pero igualmente la denominación es la consecuencia del hecho que el magistrado o pretor simplemente se encargada de de preparar u organizar la segunda fase del proceso, esto es, la etapa de juicio.

Es en la *Ley Aebutia* donde de manera definitiva se concreta el procedimiento formulario, para que previa la redacción de una fórmula escrita, se determinara el tema debatido –la controversia- dándosele al judicante el poder de juzgar –como indicamos- sobre el tema discutido, previo el debate sobre los hechos y las pruebas en fase *in iudicium*, lo que eliminaría el riesgo que se corría en el procedimiento de las acciones legales al no cumplirse con las formalidades rituales que hasta entonces se habían impuesto, correspondiéndole ahora al magistrado la redacción de la fórmula a la que hemos referido.

---

[182] Humberto CUENCA. Ob. cit. pp. 52 y ss.

Consecuencia de lo antes aquí expuesto es que en el procedimiento formulario y en los que respecta a la "acción", ya no se encuentra representado o se identifica con el derecho, tampoco se trata de la pronunciación verbal, formal, ritual y gestual de una fórmula dada por los pontífices al accionante para recitarla frente al magistrado o pretor, pues ahora se trata del derecho de acceder a una fórmula escrita que redacta el magistrado o pretor, para luego con ella acudir al *iudex* para que pronuncie una sentencia que reconozca el derecho lesionado y pretendido.

La fórmula –dice SCHULZ- es el documento que da nombre al procedimiento *-agere per formulas-* consistente en el acuerdo aprobado por el magistrado o pretor, realizado entre las partes en cuanto a la persona del juez y en cuanto a la cuestión debatida que ha de someterse a éste, de manera que la fórmula es sustancialmente obra de las partes en conjunto con el magitrado, correspondiéndole al actor presentar la misma, sin perjuicio que el magistrado podía condicionar la propuesta con la introducción de algunas modificaciones. Dice el citado autor que la fórmula no puede se considerada como un contrato al carecer de consentimiento, en tratándose de de un decreto o intimación del magistrado en que se autoriza por éste, el acuerdo entre las partes *-dare iudicium-* y ordena al juez que dicte sentencia *–iubere iudicare-* tal como se verá más adelante.[183]

El procedimiento formulario se dividió al igual que el de las acciones legales en dos etapas o fases, a saber: a) Una *in iure* ante el magistrado o pretor, que comprende en general la citación o *ius vocatio* del demandado, los *vindex* o especie de fiadores para garantizar la comparecencia al juicio, la *edictio actionis* o explicación de la base jurídica de la acción, esto es, la descripción de la fórmula, las excepciones y prescripciones como defensas, la eventual *replicatio* del demandante y *duplicatio* del demandado, incluyendo la *triplicatio* del demandante donde se precisaban las cuestiones a resolver por el *iudex*, se expedía la fórmula y que culminaba con la *litis contestatio*, sin perjuicio de la posiblidad de agregados de interrogatorios o confesiones *–interrogatio in iure* y *confessio in iure-*; y b) otra *in iuditio* ante el juez o *iudex*, sin perjuicio que existieron una serie de casos en los cuales el magistrado pretor conservaba la facultad *in iure*, de resolver la controversia sin enviarlo al *iudex*, lo que se denominaría *extra ordinen judiciorum.* Estas dos fases es lo que CUENCA denomina "doble instancia de un mismo grado".

3.2.1. Procedimiento *in iure*.

Respecto al procedimiento propiamente dicho, comenzaba con la citación del demandado *–ius vocatio-* a los fines que compareciera ante el magistrado o pretor, acto que correspondía personalmente al demandante, donde entraría en desuso aquella forma ruda de *obtorto collo* –referida en puntos anteriores

---

[183] Fritz SCHULZ. Ob. cit. pp. 18 y ss.

al tratar las acciones legales- no obstante el demandado podía abstenerse de comparecer al tribunal siempre que presentara un *vindex* o fiador –*vadimonium*- quien se obligaba a presentar al demandado ante el magistrado el día convenido por las partes, en el entendido que si no comparecía se daba por juzgado a favor del demandante, procediéndose a la ejecución de la sentencia, conforme a la pretensión del accionante.

La citación se hacia mediante la *litis denuntiatio* donde al citar el actor debía declarar a su adversario el objeto de su citación y la acción que se proponía intentar contra él, donde podían ponerse de acuerdo respecto al lapso de la comparecencia *in iure* y durante este tiempo realizar acuerdos, transacciones, convenios. Luego de hecha la citación en la forma descrita y vencido el lapso fijado, el demandado debía comparecer ante el magistrado o pretor junto con el actor o demandante, donde podían presentarse varios escenarios a saber: a) La solicitud de la fórmula que debía ser señalado por el demandante del *album* del pretor –*actionis postulatio*- y la consecuencia concesión de la fórmula –*actionis impetratio*- que colocaba al magistrado o pretor ante la posición de concederla o no, así como la escogencia –*editio actionis*- negativa que podía ser consecuencia en los casos de producirse una confesión del demandado –*confessión in iure*- cuando defería el juramento al demandado –juramento necesario- donde el demandado o lo prestaba o lo refería, so pena de perder el pleito, de manera que si lo prestaba o lo refería y el demandante no lo prestaba, perdía éste y, cuando el demandado invocaba una excepción de naturaleza tal que provocara su absolución, siempre que los hechos constaran *in iure*, casos todos éstos donde resultaba inútil proseguir con el proceso. De no ser negada la fórmula, debía redactarse, lo que el demandado no estaba obligado a aceptar, pudiendo proponer su modificación para hacer más precisa la pretensión, pudiendo además proponer cláusulas de excepciones o prescripciones, de manera que aún cuando el demandado pudo refutar la fórmula o modificarla, la no aceptación de manera obstruccionista conducía a que el magistrado o pretor en definitiva la propusiera y si era rechazada en esta ocasión, se procedía como autoridad de cosa juzgada contra él, efecto que igualmente se producía de producirse una *confessio in iure*; b) Que el demandado no compareciera en su oportunidad correspondiente, donde se producía su contumacia o rebeldía y que podía producirse tanto esta fase como en la etapa *in iudicio*, que generaba una razón presunta a favor del accionante; en este caso, se colocaba al actor en posesión de los bienes del deudor –lo que tenía carácter conservatorio cuando la incomparecencia fuera excusable- pudiendo ser autorizado a venderlo –*venditio bonorum*- previa la intimación o publicación de edictos perentorios por conducto del magistrado.

La comparecencia de las partes debía ser personal, más en esta etapa del sistema de procedimiento romano, puede producirse la comparecencia a través de *cognitores* o *procuradores* quienes eran una especie de mandatarios.

En lo que respecta al contenido de la fórmula, entendida según SCIALOJA […] *una instrucción con la que el magistrado nombra al juez y fija los elementos sobre los cuales éste deberá fundar su juicio, dándole a la vez el mandato, más o menos determinado, para la condenación eventual o para la absolución en la sentencia*.”,[184] encontramos: a) La *demostratio*, colocada al comienzo de la fórmula a continuación de la denominación del juez, consistente en el fundamento de hecho y derecho de la causa; b) La *intentio*, referida a la parte donde se indica la pretensión del demandante, que podía ser *certa* –cuando el objeto del litigio se encuentra plenamente determinado- o *incerta* –si el objeto era indeterminado y había sido dejado a la apreciación del juez; c) La *condemnatio*, que era la parte de la fórmula contentiva del poder otorgado por el magistrado o pretor al *iudex* para decidir, absolviendo o condenando; d) La *adjudicatio*, que solo se encontraba en cuestiones de *familiae erciscundae*, *communi dividendo* y *finium regundorum*, que permitía al *iudex* hacer atribuciones de propiedad o constituciones de derechos reales en beneficio de las partes sobre las cosas comprendidas en el proceso, sumando el poder de adjudicar al de condenar se refería a atribuciones o constituciones de derechos.

Como elementos accidentales –que podían estar o no contenidos en la fórmula- se encuentran: a) *Adjectiones*, que eran agregaciones del demandado, exigencias en relación a la demanda y la defensa, donde se distinguían la *exceptio* o excepciones colocadas generalmente luego de la *intentio* –que fundamentalmente se referían a defensas que el demandado ejercía *in iure* y que eran incorporadas a la fórmula y que podía ser contestadas por el demandante a través de la réplica, luego por el demandado por la dúplica y nuevamente rechazadas por el demandante a través de la tríplica- y la *proescriptiones*, esto es, una parte de la fórmula que se antepone a ella y sirve para determinar y en general limitar su contenido, limitaciones que podían ser a favor del actor o del demandado. JÖRS al referirse a la *exceptio* señala que […] *A diferencia de las restantes partes de la fórmula, que aprovechaban al demandado, la exceptio servía de medio de defensa del demandado. Si éste negaba la exactitud de la intentio, no necesitaba de valerse de ningunos otros medios de defensa, pues la inexistencia de los hechos consignados en ella conducían a la efectividad del si non paret absolvito, y el juez le absolvía. Pero es que hay hecho de naturaleza jurídica que, sin poner en duda la intentio, pueden conducir a la exclusión de la condena si el demandado los alega. Para hacer posible esto, la fórmula expresaba que el juez condene si la hipótesis (intentio) es cierta, a no ser que también exista el hecho v (exceptio), en cuyo caso debe absolver*.”.[185]

La *exceptio* en la época republicana, clásica y antigua -dice SCHULZ- fue una defensa incorporada en la fórmula, a favor del demandado –una *exceptio* a la *condemnatio*-; que la *exceptio* debe incorporarse a la fórmula en la medida que no pudieran ser tomadas en consideración por el magistrado, si no van expresadas en una cláusula de esta naturaleza, requiriendo de su autorización, la cual podía ser o no

[184] Vittorio SCIALOJA. Ob. cit. p. 159.
[185] Paul JÖRS. Ob. cit. pp. 518 y ss.

autorizada discrecionalmente y si el actor rehusaba su aceptación, el pretor podía amenazarlo con la *denegatio actionis*.[186]

Concedida la fórmula, era entregada al demandante, quien por medio y en presencia del magistrado, la entregaba al demandado, quien si la aceptaba se producía la *litis contestatio*, terminando la fase *in iure* y pasándose el asunto a la segunda etapa *in iudicio* ante el *iudex*; en caso de rehusarse a la aceptación de la fórmula, quedaba expuestos a fuertes medidas contra el *indefensus*. La *litis contestatio* según JÖRS […] *es un contrato formal concluido entre las partes, consistente en la entrega solemne (edere iudicium) y aceptación (accipere iudicium) del escrito que contiene la fórmula en presencia de testigos.".*[187] Para CUENCA […] *La litis contestatio surge de este sistema por acuerdo entre los litigantes y en defecto de este acuerdo, por imposición del magistrado. Por la datio iudicis, el magistrado propone la fórmula al actor o bien la escoge del album, y una vez seleccionada, es sometida a la consideración del demandado. Por ello, Cremieu, define el acto de la litis contestatio, y con él la mayoría de los romanistas, como "el contrato por el cual las partes aceptan de común acuerdo la fórmula que ha sido deferia por la magistrado*.".[188]

Expresa SCIALOJA que […] *El momento de la litis contestatio en el proceso formulario es un momento decisivo y de la mayor importancia, sobre todo por los efectos que puede tener de derecho civil o sustancial*.",[189] los cuales podía ser novatitos o consuntivos, el primero donde se creaba una nueva obligación, esto es, al producirse la *litis contestatio*, entendida como la aceptación de la fórmula por el demandado, que ponía fin a la etapa *in iure*, se producía la novación de la obligación primitiva, primigenia o principal que había dado origen al proceso, creándose una nueva obligación, que precisamente era la contenida en la fórmula, que incluso era transmisible a los herederos, de manera que cualquiera que haya sido la naturaleza de la obligación o el derecho primario que diera lugar a la controversia, al proceso, la litiscontestación con la aceptación de la fórmula extinguía el mismo, novándola con el derecho que ahora dimanaba de la precita fórmula, quedando el demandado obligado a asumir la instancia –*in iudicio*- hasta que el juez dictara la decisión condenatoria o absolutoria.

En este sentido expresa el precitado maestro italiano que […] *En efecto, antes de la litis contestatio, el deudor debe al acreedor una obligación de la que aquella forma parte del contenido, lo cual se expresa con el provevio: ante litem contestatam dare debitorem oportere [antes de la contestación de la litis, el deudor debe dar]. Después de la litis contestatio, en cambio, el deudor no está obligado en virtud de la primitiva obligación, sino por la litis contestatio y, por tanto, en los modos y términos en ella fijados; así como después de la condena no está ya obligado ni aun sobre la base de la litis contestatio, sino en virtud de la cosa juzgada (ex causa iudicati). Y esto es lo que se ha llamado y se llama comúnmente novación necesaria. Esta novación o cuasinovación, pero limitada a las obligaciones, acompaña (y es en cierto modo un*

---

186 Fritz SCHULZ. Ob. cit. pp. 48 y ss.
187 Paul JÖRS. Ob. cit. pp 528 y ss.
188 Humberto CUENCA. Ob. cit. pp. 75 y ss.
189 Vittorio SCIALOJA. Ob. cit. p. 233.

aspecto de la misma cosa) la llamada consumación de la acción desde el momento que había sido deducida en juicio; esto es, desde el momento de la litis contestatio.".[190] Esto último es el otro efecto que produce la *litis contestatio*, el efecto consuntivo conforme al cual, una vez ejercitada la acción y escogida por las partes, o impuesta por el magistrado o pretor, se extinguía para los litigantes el derecho a proponer nuevamente la controversia, al considerarse en adelante como pasada en autoridad de cosa juzgada –*res in iudicio deducta*-.

Respecto al tema de las pruebas tenemos que podían producirse en esta fase ante el magistrado o pretor y al efecto tenemos: a) *Interrogatio in iure*, que es una confesión provocada por las preguntas que un litigante o el juez hacen al otro, mediante la *interrogatorioe actiones*, referido al ejercicio de una acción en un incidente generado dentro del proceso, que generalmente se referían a cuestiones accesorias que no se referían al fondo de la controversia, como la edad, la cuota parte de un heredero en la herencia, cualidad de propietario, entra otras. Este interrogatorio debía ser contestado de inmediato, sin perjuicio de tener un plazo prudencial para ello, conforme a la complejidad o dificultad de la pregunta, en el entendido que la negativa, la respuesta falsa o ambigua conducían a la imposición de multas o a que se tuviera por admitidos los hechos afirmados; b) *Confessio in iure*, que era la confesión espontánea producida en esta fase y que recaía sobre el fondo del asunto, lo que conducía a la cosa juzgada considerándose al confesante como juzgado –*iudicatus*- de manera que si la confesión era del demandado, se terminaba el proceso, debiendo éste satisfacer la pretensión del demandante, so pena del ejercicio de la *actio iudicati*, en tanto que si la confesión era del demandante respecto a las objeciones, el pretor negaba la concesión de la fórmula lo que se traducía en rechazo de la acción; y c) *Iusirandum in iure* que era el juramento, el cual podia ser religioso o civil, el primero que solo producía efectos de carácter criminal y el perjurio era castigado por la vía penal, el segundo, que no acarreaba sanción punitiva, sino sólo la perdida del litigio.

3.2.2. Procedimiento *in iudicio.*

Como hemos anotado, redactada y aceptada la fórmula, producida la *litis contestatio* y terminada la fase *in iure*, se da paso a esta nueva etapa o fase *apud iudicem* ante el juez, cuya misión fundamental se centra en el hecho de examinar y debatir la cuestión planteada y autorizada en la fórmula, para emitir un juicio de condenación o absolución en los términos de la formulas so pena de incongruencia, previa la verificación de los hechos a través de las pruebas que se produzcan, momento caracterizado por la oralidad, inmediación y la publicidad, que se presentan como principios que informan el procedimiento en esta segunda instancia del mismo grado.

---

[190] Vittorio SCIALOJA . Ob cit. pp. 233 y ss.

Dice PETIT que […] *Cualquiera que fuese la extensión de los poderes del juez, estaba siempre contenido en ciertos límites. 1° Debe conformarse a las indicaciones suministradas por la fórmula. Aún cuando le precisen contrarias a la equidad o inexactas, no puede apartarse de ellas, so pena de hacer suyo el proceso. 2° Debe aplicar fielmente los principios del derecho. Si no, la sentencia es nula; hace suyo el proceso y puede incurrir en penas más severas. 3° Debe pronunciar las sentencias en un lapso determinado*.".[191]

Ya las partes ante el juez, se procedía al debate y a las pruebas, acto donde se exponían los alegatos, proponían y evacuaban las pruebas y se dictaba la sentencia.

Respecto al tema probatorio como señala CUENCA,[192] en esta segunda instancia del mismo grado, el juez interviene directamente en todos los actos probatorios, interrogando a las partes, examinando a los testigos, recorriendo lugares. Los actos de prueba comienzan con la exposición oral de las partes o sus representantes sobre los hechos que motivan la controversia, sea en forma de discursos –*perorationes*- o en forma de discusiones –*altercationes*- lo que da paso a la evacuación de los medios de prueba, en cuyo plexo se ubican testimoniales, confesiones, juramento, documentos, inspecciones oculares, dictámenes de expertos y presunciones, entre otros medios

El tema probatorio estaba regido por dos principios fundamentales, uno referido al tema de la carga de la prueba y el otro, referido a la libre valoración de la prueba por el *iudex*. En este sentido y respecto a la carga de la prueba, se ubican las siguientes máximas: a) Es al actor a quien le incumbe la demostración de los hechos de la pretensión, esto es, aquellos afirmados en la *intentio –actori incumbit probatio*- so pena de perder el litigio; b) Quien afirma debe probar, no quien niega de ahí la regla *ei incumbit probatio qui decit, non qui negat*; c) En casos dudosos es preferido la posición del poseedor, pero si el hecho mismo de la posesión resulta dudosa, la acción debe ser desestimada; d) Así como el actor tiene la carga de probar sus afirmaciones de hecho fundamento de la *intentatio*, al demandado le corresponde la carga de la prueba de los hechos de excepción y que son fundamento de sus defensas, ello conforme a la máxima romano *reuní in exceptione* actor es; e) Hecha una afirmación de voluntad mediante una estipulación, si el demandado alega que su consentimiento fue viciado de error, dolo o violencia, es él y no el actor quien asume la carga de la prueba del hecho vicioso invocado.

La apreciación probatoria, como hemos adelantado se trataba de un sistema de valoración libre que quedaba al arbitrio de *iudex*, quien para la formación de su juicio, solo debía ajustarse a las normas, salvo las pruebas de juramento y confesión, pudiendo desechar testigos o documentos libremente, en el entendido que siendo el procedimiento oral, no estaba sujeto a una motivación para la selección mental que hiciera de los elementos probatorio que utilizaría para producir su juicio de convicción.

---

[191] Eugéne PETIT. Ob. cit. p. 576.
[192] Humberto CUENCA. Ob. cit. pp. 85 y ss.

Dice SCIALOJA que el sistema formulario se fundamentaba en las pruebas que hoy son usadas, siendo las más comunes la testimonial, basado en la creencia y credibilidad del dicho de las personas, no habiendo regla en cuanto al número de testigos, incluso un solo testigo servía como prueba del hecho al no existir la máxima *unus testis nulus testis*, de manera que los testigos se pesaban y no se contaban. La obligación de deponer de parte del testigo era fundamental, al punto que su no comparecencia a declarar era considerado como infamia. Pero también había el uso de la prueba por documentos –*scripta, tabulae, instrumenta*- los cuales eran de libre apreciación por el *iudex*, sin perjuicio del cumplimiento de requisitos en cuanto a su procedimiento. Se reguló la prueba de inspección –*inspectio*- donde el *iudex* se trasladaba a terrenos y en el sitio dirimir la controversia, como ocurría ordinariamente en materia de deslinde. También se regularon las pericias, el juramento, presunciones, estos últimos que servían al *iudex* para emitir su juicio y que provenían de los argumentos de las partes, en este sentido explica el maestro italiano que […] *el juez podía convencerse también por otros medios de la verdad de los hechos deducidos en la causa, aún por argumentos aducidos que le parecieran suficientes. Estos argumentos podrían llamarse presunciones, pero eran simples presunciones lógicas, no impuestas por el derecho; de la exigencia de determinados hechos, el juez puede inducir la gran probabilidad de la existencia de otros, pero este convencimiento no está sometido a norma alguna determinada*.”.[193]

Según los estudios de CUENCA además de los medios probatorios señalados, también se presentaban la declaración arrancada a los esclavos mediante tortura –*quaestione servorum*- los rumores públicos y los hechos notorios.[194]

Luego de presentadas las pruebas y evacuadas en la audiencia oral, las partes o sus oradores representantes podían hacer un resumen oral de lo debatido, lo que colocaba el asunto en estado de dictar la sentencia, donde el juez podía asumir cualquiera de las siguientes posiciones: a) Declarar *rem sibi non liquere* –jurar que no había logrado formarse una segura opinión sobre la causa- cuando el asunto no aparecía claro, de manera que no estando obligado a sentenciar, absolvía la instancia; b) Declarar la absolución si el accionante no demostró su *intentio* o procedía una *exceptio*; y c) Declarar la condena del

---

[193] Vittorio SCIALOJA. Ob. cit. p. 245. Paul JÖRS señala que […] *Medios de prueba son elementos que pueden proporcionar motivos de convicción de la verdad del hecho. Los medios de prueba más importantes son: declaración testifical, las declaraciones contenidas en documentos, la inspección personal del juez, el dictamen de los peritos y también la declaración de las mismas partes. Por mucho escepticismo que pueda inspirar la declaración de las partes sobre el asunto en que están interesadas, sin embargo no debe despreciarse como fuente de prueba, y a veces es importante y hasta el único medio probatorio. Además las partes pueden recurrir al juramento deferido o referido ante el juez* […] *Aunque el juez en el período clásico era completamente libre en la apreciación de los elementos probatorios aportados por las partes (teoría de la libre apreciación de la prueba), estaba probablemente vinculado con las pruebas presentadas por las mismas (principio dispositivo) y no podía por propia iniciativa aportar, inquisitivamente, nuevos materiales probatorios.*” Ob. cit. pp. 530 y 531. Ver igualmente Eugéne PETIT. Ob. cit. p. 577.

[194] Humberto CUENCA. Ob. cit. p. 88.

demandado si estaba acreditado en el proceso la *intentio* y no procedía ninguna causa de *exceptio*, en cuyo caso la sentencia se consideraba como un título ejecutivo de crédito.

En cuando al contenido del acto decisorio, el mismo debía ser: a) Leído en voz alta aún públicamente y en audiencia, aún cuando previamente se le redactara por escrito; b) Debía ser producida en latín y en ciertos casos en otros idiomas, como el griego, los cuales se habrían hecho de uso corriente en la lengua de las partes; y c) Las partes debían estar presente en el momento de su dictado, so pena de nulidad, salvo el caso de contumacia o negativa a comparecer.[195] Luego, las sentencias podían ser *sentenciae* propiamente dicha, que eran aquellas que ponían fin a la controversia una vez agotados los recursos y que se referían al fondo de lo debatido, *interlocuciones*, que resolvían cuestiones previas de carácter incidental, *iussum* que consistían en órdenes impartidas por el juez al demandado por un interdicto para que exhibiera o restituyera la cosa objeto de interdicto, *decretum*, que era una orden temporal del juez dictados generalmente en asuntos no contenciosos y fuera del tribunal; igualmente la sentencia podían ser declarativas llamadas prejudiciales, constitutivas y de condena.

Los efectos que producía la sentencia eran tres a saber: a) La sentencia daba derecho de acceder a la *actio iudicati*, que era la acción de la cosa juzgada para su ejecución, que se hacia valer ante el magistrado o pretor, pues no se conoció como tal la ejecución de la sentencia por parte del *iudex*, sino que debía ejercitarse una acción nueva para la obtención del cumplimiento forzado de lo sentenciado; b) Impedía que nuevamente pudiera plantearse el asunto entre las mismas partes; y c) Producía el efecto novador al cual hemos hecho referencia en párrafos anteriores.

3.3. Procedimiento extraordinario.

La *extraordinaria cognitio* nos remonta a la época del Imperio, presentándose no como un procedimiento nuevo, ya que realmente se trató del procedimiento más antiguo existente en la época de la República que comulgaría con el sistema de las acciones legales y formulario, pero en forma agazapada al ser de aplicación exclusiva del sistema administrativo y no judicial, con carácter excepcional en aquellos casos donde el magistrado resolvía todo el proceso por sí mismo *in iure*, prescindiendo del momento *in iudicio* lo que poco a poco fue arropando al sistema formulario desde el siglo III de J.C, al punto –como explica CUENCA- que si al comienzo recogió generosamente algunos aspectos de él, como la necesidad, más simbólica que real de proveer la fórmula, terminó por desplazarlo cuando los Emperadores Constante y Constancio en el 342 lo abolieron por considerar que era más propenso al juego de palabras, a al argucia, al triunfo del más hábil y más sabio, que a la investigación de la verdad.

---

[195] Véase a Vittorio SCIALOJA. Ob. cit. p. 254.

De esta manera en el sistema de procedimientos judiciales el período inmediato al *ordo iudicium privatorum* es el de la *extraordinaria congnitio* cuya importancia precisamente radica en ubicarse en este sistema la mayor de las fuentes delegadas que mantenemos en nuestro tiempo, como la institución de la citación, la contestación de la demanda, el régimen probatorio, la sentencia como acto del poder público, la apelación, entre otros, que aún cuando también estaban presentes en estadios anteriores, aquí se basan en su carácter público y no privado del proceso. De esta manera explica CUENCA que a la característica pública [...] *se agrega la de la investigación. La cognitio, la averiguación de la verdad, el interés por parte del Estado para que prive la razón por encima de la habilidad, sabiduría o malicia de los litigantes, tiene ahora un influjo preponderante. Antes el pretor se limitaba, desde su alto sitial, a dirigir el debate; ahora el magistrado se pone en contacto directo con las personas y las cosas del proceso, y él mismo oye a las partes, investiga los hechos y dicta sentencia. El honorable espectador se ha convertido en verdadero Juez; no solo oye, sino que inquiere, intuye y deduce. Lo que caracteriza a la cognitio es el poder de investigación, de que está dotado el magistrado y de la cognitio extra ordinem, como la llamaron los jurisconsultos y de la cognitio extraordinaria como la llamó Justiniano, surgió el proceso de cognición o de conocimiento de los tiempos actuales. Digamos de una manera general, que si bien no es rigurosamente exacta, por lo menos permite dibujas mejor el concepto, que durante la vigencia de los dos primeros sistemas el principio dispositivo predominado ampliamente; ahora, el inquisitivo va a permitir que la ciencia del derecho se haga más humana y menos divina, se acerca más a los hombres que a los dioses.".*[196]

El nuevo proceso difiere de los anteriores ya que se elimina la fórmula y la elección de los jueces por las partes, de manera que ahora no hay dos instancia de un mismo grado, se confunden la fase *in iure* e *in iudicio*, presentándose un solo magistrado o juez que atiende el asunto identificado desde el comienzo hasta la sentencia –confusión del magistrado o pretor en la persona del juez que ahora es un funcionario público con potestad de jurisdicción por delegación del príncipe- no existiendo nada de contractual al tratarse de un proceso oficial, ante un funcionario –juez público- presentándose como características fundamentales de este nuevo sistema: a) La onerosidad de la justicia, la cual debe pagarse; b) Los actos del procedimiento fundamentalmente son escritos, aún cuando aparecen una minoría de actos orales; c) Es menos público, ya que la publicidad solo se da a ciertos actos como el dictado de la sentencia; d) La acción no se encuentra sometida a ningún molde, fórmula, palabra sacramental; e) La condena puede recaer sobre la cosa litigiosa, trátese de objetos personales o reales, de cosa en especie o en dinero, de exhibición de una cosa corporal; f) Se realiza en latín; y g) Respecto a la jurisdicción, los jueces en este sistema de procedimiento extraordinario desempeñaron una función jurisdiccional limitada y estricta que les venían por delegación del príncipe, tal como ahora se entiende que emana del Estado, de manera que se trataba verdaderamente de potestad jurisdiccional.

---

[196] Humberto CUENCA. Ob. cit. p. 123.

Respecto a la cuestión de la acción, en este sistema de procedimientos que regía en el Imperio, la misma se identificó con el Derecho sustancial o material, de manera que no se tenía el derecho, sino no había acción; la acción es el reclamo ante emperador para el despliegue de la jurisdicción, lo que se hacía directamente ante su delegado como lo era el juez, ahora –como indicamos- un oficial del Estado, previo un proceso escrito; el carácter estrictamente público del proceso en el sistema formulario influyó determinantemente en el sistema de la "acción", pues al suprimirse la fórmula se produjo como consecuencia el olvido de la acción como entidad procesal autónoma e independiente del derecho, siendo que en adelante y por muchos siglos se presentaría una fusión de los mismos –acción y derecho- que prácticamente permanecería intacto hasta mediados del siglo XIX con motivo a la polémica WINDSCHEID-MUTHER -1856-1857- circunstancia esta que lleva a CUENCA a expresar que […] *La acción, pues, que era distinta y separa del derecho, en el procedimiento formulario, fue absorvdia y confundida por la noción de derecho en el sistema extraordinario. Es entonces cuando se hace lugar común, sin cuidadoso análisis, la famosa definición de Celso, que recogen devotamente las Instituciones; "La acción no es sino el derecho de perseguir en juicio lo que a uno se le debe" ("Actio autem nihil aliud est, quam ius persequendi in iudicio, quod sibi debetur".".*[197]Ahora la acción se presenta como un instituto público y no privado que se ejerce –como veremos- a través del *libellus conventionis*.

El procedimiento extraordinario como hemos expresado prescindió de dos instancia en un mismo grado, se trata ahora de un procedimiento único llevado ante el juez desde el inicio, confundiéndose las fases *in iure* e *in iudicio* propias de los sistemas anteriores, que comienza mediante una demanda introducida en forma escrita ante el magistrado denominada *libellus*, más cuando las partes se dirigían al príncipe, éste resolvía la controversia mediante un *rescriptum*, el cual encabezaba el proceso y tenía las funciones de libelo. Este *libellus* servía como acto inicial del procedimiento para obtener la *jurisdictio* y luego de su traslado al demandado producía efectos tantos formales como materiales, los primeros como eran la determinación de la competencia del tribunal, sin perjuicio que fuera impugnada con posterioridad, la prevención en el proceso y la imposición la carga en cabeza del demandado de contestar la demanda mediante escrito firmado –*libellus contradictionis*-; respecto a los efectos materiales tenemos la interrupción de la prescripción e impedimento de consumar la caducidad, transmisión a los herederos el derecho litigioso, constituir en mora al deudor, convertir en mala la posesión comenzada de buena fe.

El magistrado ordenaba la citación del demandado, lo que a partir de Constantino se haría mediante *editio actionis* y que tenía carácter público, donde la citación ahora se hacía por conducto de un funcionario dependiente del tribunal. Luego, en los primeros tiempos del Bajo Imperio, la forma

---

[197] Humberto CUENCA. Ob. cit. p. 134. Véase igualmente p. 7.

tradicional de la citación era por la *evocatio* que sustituyera a la in *ius vocatio* del proceso formulario, donde se conseguían tres modalidades a saber: a) La *denuntiario*, referida a una exposición escrita, redactada por el demandante, invitando al demandado a comparecer al tribunal, pero dirigido al magistrado por conducto de la cual se comunicaba al demandado, lo que se hacía mediante la persona de *viator* o *exsecutor* –alguacil- empleado de la dependencia judicial respectiva; b) La *litterae* por medio de la cual el magistrado comisionaba o delegaba a otro de inferior jerarquía para que practicara la citación de una persona que se encontraba fuera de la localidad del tribunal; y c) Los *edicta* que eran órdenes dirigidas por un funcionario a otro a solicitud de un litigante que no se encuentra o no se sabe donde está.

Durante la época de Constantino la forma de citación fue la *litis denuntiatio* reglamentado en el año 322, y en la época de Justiniano la *litis denuntiatio* acabaría por reemplazar tanto a la antigua *in ius vocatio* como a la *evocatio*. Luego, el demandado debía garantizar su comparecencia al tribunal luego de citado, mediante el otorgamiento de una fianza llamada *cautio iudici sistendi* que era depositado en manos del *viator* o *exsecutor* –alguacil- al cual debía abonársele sus gastos –lo que se llamó *sportulae*- y en caso de no poderse otorgar la garantía de comparecencia se mantendrían en prisión sin perjuicio de ser conducidos al tribunal *manu militari*, aunque con posterioridad esto se sustituiría con un juramento –*cautio juratoria*-. La fianza no era exigida a los granes señores, a quienes les bastaba con la palabra de comprometerse a comparecer.

La no comparecencia del demandante daba por desistido el procedimiento pero no la acción, quien para reclamar nuevamente debía indemnizar a su adversario por los daños y perjuicios causados por la demanda anterior.

Una vez producida la citación del demandado y compareciendo al tribunal en su oportunidad correspondiente, que era en el plazo de diez días y que fuera elevado luego por Justiniano a veinte como mínimo, tenía lugar la *litis contestatio*, que en este sistema no era otra cosa que la contestación de la demanda en los términos que conocemos hoy día, lo que aparejaba consecuencias que son conocidas para nosotros, como eran: a) Determinación de los hechos controvertidos y que serán tema de la decisión judicial, esto es, los hechos expuestos por el actor como fundamento de su pretensión y del demandado como base de su excepción, los cuales en todo caso podían ser corregidos en caso de error, pero antes del dictado de la sentencia; b) Preclusión de la oportunidad para recusar al magistrado, pues esta podía hacerse solo hasta antes del acto de *litis contestatio*; c) El aumento o disminución de la cosa litigiosa en nada afecta al litigio pues aquí solo se tomará en consideración el monto establecido al momento de la *litis contestatio –perpetuatio jurisdictionis* y *perpetuatio fori*-. Como se aprecia la litis contestación deja de ser una forma de contrato o acuerdo entre las partes que producía efectos novadores y consuntivos como sucedía en el procedimiento formulario, para constituirse en este sistema de proceso en un acto más del proceso con efectos determinados, de ahí que CUENCA señalara que […] *la litis contestatio deja de ser el acto constitutivo de la*

controversia para convertirse en un momento particular del litigio y solo conserva su nombre como homenaje a la tradición.".[198] La *litis contestatio* admitía la refutación por parte del accionante, lo que se denominó *replicatio* y la de éste contra el demandado denominado *duplicatio*, tal como aconteció en el sistema formulario.

Pero sin perjuicio de la contestación de la demanda que dejaba de manifiesto una conducta activa y diligente del demandado, éste podía asumir otras posiciones como era la de no comparecencia luego de citado, caso en el cual se le tenía como confeso –*confessio in iure*, expresión que se mantiene no obstante a haber desaparecido la división de fases del procedimiento- lo que igualmente se producía si comparecía ante el magistrado y admitía íntegramente la pretensión del actor, la cual era homologada por el tribunal; más si sólo admitía parcialmente la pretensión y ésta era perfectamente divisible por tratarse de varios reclamos, la controversia seguía su curso, pero el tema probatorio quedaba limitado a la parte no aceptada o convenida; si la negativa del demandado era de toda la pretensión, correspondía al actor la carga de la prueba.

En cuanto al tema probatorio, tenemos que en esta época del sistema extraordinario los principales medios fueron la confesión y el juramento, lo documentos, testigos, experticias e inspecciones judiciales y se caracterizó por el pase del sistema de valoración de prueba de libre convicción a una sistema tasado. Por su parte y en lo tocante a la carga probatoria se presenta un cambio fundamental, donde ahora su distribución no dependerá de la posición que se adopte en el proceso y por tanto no será exclusiva del actor, sino que ahora quien haga la afirmación del hecho o pretende verse beneficiado de la consecuencia jurídica favorable de un hecho, cargará con el interés de aportar la prueba de tal hecho, independientemente de la posición procesal en el proceso, sea como demandante o como demandado, tal como lo tenemos en nuestro actual sistema de procedimiento; igualmente, todo hecho constitutivo, extintivo o modificativo deberá ser acreditado por quien aspire aprovecharse del mismo, en el entendido que el hecho negativo no requería demostración, partiéndose del hecho que como tal la negación no se probaba. Se destaca una amplia facultad oficiosa del magistrado, incluso a solicitud de parte para allegar al proceso pruebas indispensables para la búsqueda o verificación de la verdad, pues se trataba de un régimen inquisitivo, no obstante al control al cual estaban sometidos los medios probatorios.

Como novedad en este sistema se presentan las presunciones como medios indirectos para el establecimiento de la convicción judicial, tal como aconteció con las presunciones *hominis* extraídas por el magistrado de las actas del proceso, así como las presunciones *iuris* que se presentaban como reglas de derecho, que podía ser *iure et de iure* al no admitir prueba en contrario y *iuris tantum* que sí admitían pruebas que las desvirtuaran. Veamos por separado cada uno de los medios probatorios que funcionaron en el sistema extraordinario.

[198] Humberto CUENCA. Ob. Cit. p. 143.

En el plexo de pruebas utilizadas con mayor frecuencia en este sistema encontramos a la confesión y al juramento, donde el magistrado no podía dar curso a la demanda si previamente el actor no juraba que no procedía maliciosamente ni con el propósito delatar el juicio, por odio contra el esclavo o rencor contra el heredero –*iusiurandum calumniae*. El juramento era prestado colocando las manos sobre las Sagradas escrituras afirmando que no se tenía otro medio para inquirir o manifestar el verdadero estado de las cosas hereditarias, lo que se extendía hasta el compromiso de pagar las *sportulae*, esto es, los gastos o costas del proceso; podía ser presentado bien antes o durante el pleito, esto es, extrajudicial o judicialmente, el primero que tenía carácter *voluntarium* y el segundo que procedía forzosa y necesariamente –*iudiciale*- ya que de no ser prestado, la consecuencia que aparejaba era la pérdida de la acción o de la excepción, pudiendo ser decisorio –que a su vez podía ser deferido y referido- cuando producía el efecto inmediato de la sentencia o probatorio, cuando solo suministraba elementos de prueba contra quien lo prestaba, a lo que se sumaba el juramento deferido de oficio por el magistrado a alguna de las partes para la estimación de los daños y perjuicio, o para otras materias donde la prueba fuera dificultosa, juramento que no podía ser referido a la otra parte. Se destaca el hecho que en cualquier estado del proceso el magistrado podía interrogar a las partes y ellas interrogarse recíprocamente, siempre bajo juramento.

Otra prueba que se presentó en este sistema fue la documental llamada *instrumenta* o *scripturae*, que tenía preferencia sobre la testimonial pero con menos eficacia que la confesión y el juramento, de donde vemos ahora la característica tasada del sistema al que nos hemos referido. Las partes y los terceros estaban obligados a exhibir documentos que poseyeran y que fueran determinantes para la solución de la controversia, para la investigación de la verdad. En cuanto a la autenticidad del mismo, Justiniano establecería que la misma se producía con la firma de tres testigos, de los cuales por lo menos dos debían reconocer su firma en el momento de su producción, presentándose según os diferentes grados e fuerza probatoria una categoría de documentos como expresa SCIALOJA a saber documentos públicos –acta o *gesta*- que era redactado por oficiales públicos, por magistrados y por los *censo*, que hacían plena fe probatoria –publica FIDES-; los instrumentos auténticos –*instrumenta publica* o *publice confecta*- redactado por *tabelliones* que eran una especie de notarios, en plaza pública o en el foro; y los instrumentos privados –*cautiones chirographa*- otorgados por las partes delante de res testigos y redactado generalmente por *tabularii* que eran una especie de funcionarios intermedios entre notarios y secretarios que daban cierta fe pública a los instrumentos privados. Los papeles domésticos, la declaración privada ante testigos o la nota privada, no constituían pruebas por sí solas, siendo indispensable que fueran relacionadas con otros medios de prueba para que pudieran ser confirmados; en tanto que las anotaciones de propia mano hacían

prueba en su contra y los libros de la oficina servían para justificar lo pagado al Fisco, en caso de haberse extraviado los recibos.

Respecto a la forma de impugnación de la prueba instrumental, en este sistema se admitió la tacha de falsedad, que recaía sobre la forma documentaria y que podía tener repercusión penal, lo que quedaba en el ámbito privado de las partes, pues si lo cuestionado era la verdad de la voluntad de las partes plasmado en el documento, la investigación correspondía al juez la que de no ser demostrada por le tachante conducía a que fuera juzgado por falsario. En este sentido dice SCIALOJA que […] *La parte contra quien se producía un documento en juicio podía impugnarlo de dos modos: o negando su autenticidad, sosteniendo que el documento era falso, o negando la verdad de su contenido*.".[199] La prueba de la falsificación debía hacerse mediante comparación con documentos indubitados –*comparatio litterarum* a la *manus collatio*- que debían ser públicos y en su defecto por privados siempre que hayan sido otorgados ante tres testigos que conozcan la firma legítima, cotejo que era practicado por expertos calígrafos.

También se presenta en este momento del Derecho romano la prueba testimonial la cual ejercía dos funciones, una declarativa y otra instrumental, la primera que incorporaba al proceso los hechos que habían sido percibidos por los sentidos del testigo, sin distinción entre juicio de hecho y de valor, esto es, entre la narración de los hechos captados y los juicios subjetivos y personales que se aducían en la deposición; la instrumental era aquella que se producía en la prueba por documentos, como era el caso del otorgamiento de instrumentos privados a los que nos hemos referido en el párrafo anterior. La persona del testigo debe ser de dignidad, distinción y honestidad, exenta de sospecha alguna y respecto a la identidad del medio, no servía para desvirtuar el contenido de la prueba escrita.

Como gérmenes de la tasación de las pruebas que más bien es propio del sistema germánico-canónico o ítalo-canónico por influjo del derecho germano, se observa en materia de testigos limitaciones en cuanto al número de testigos por ejemplo para la prueba de la coartada, donde se exigía un número de cinco de ellos que fueran contestes, incluso en materia penal, la declaración de dos testigos hacían plena prueba del hecho que se tratara, siempre que fueran contestes, y respecto al testigo único, este carecía de todo valor; se prohibía presentar por cuarta vez al testigo que no hubiera comparecido a declarar luego de tres veces de su ofrecimiento salvo el juramento de la parte de no haberlo podido antes hacer uso de la declaración. Ya ubicándonos en el interrogatorio, era a viva voz y en forma pública en presencia de la otra parte, quien podía contrainterrogar mediante repreguntas, pudiéndose extraer la declaración del testimonio tanto voluntaria como coactivamente mediante el tormento, que no se les aplicaba a los menores de catorce años los viejos decrépitos, las mujeres encinta, personas ilustres, constituidas en dignidad y su hijos. Se estableció un régimen de incapacidad que impedía ser testigos,

---

[199] Vittorio SCIALOJA. Ob. Cit. p. 399.

como los herejes, apóstatas, el enemigo, los rogados, los que tuvieran causa criminal para determinados casos, los condenados por penas infamantes y mediadores de parte, incluyéndose causales por parentesco. Interesa destacar con relación a esta prueba, siguiendo a SCIALOJA que […] *El examen de los testigos podía hacerse también, no a los fines del juicio actual, sino de un juicio futuro (la información para perpetua memoria de nuestro procedimiento); en tal caso, había que citar a la parte contra quien servir después este testimonio; y se procedía luego, ante el magistrado, a su audiencia según las reglas acostumbradas. Las actas que se redactaban en este caso eran de los que luego se servían las partes en el futuro proceso.".*[200]

Pero en este sistema también encontramos como medios de prueba a la experticia y el reconocimiento judicial, la primera que donde el magistrado podía designar de oficio a los expertos –que generalmente la designación recaía en un juez que poseía conocimientos en las materias que se tratara- para la determinación de cosas importantes como la fijación de cantidades de dinero, valores de bienes muebles o inmuebles, liquidaciones, entre otros, quienes rendían su dictamen bajo juramento. En lo que toca a la inspección o reconocimiento judicial, procedía de oficio o a petición de parte, donde el magistrado realizaba la función levantando al efecto un acta que describía lo realizado, sin perjuicio de la posibilidad de comisión a magistrados inferiores, cuando la cosa o lugar a inspeccionar estuviera fuera del lugar donde se ubicaba el tribunal –tal como acontece en nuestros días-.

Llegando al momento de la sentencia vemos que no resulta diferente a lo que se presentó en el sistema formulario, salvo que ahora siendo el magistrado un sujeto público y el proceso público, la sentencia también adquiere éste carácter por ser un acto del Estado, donde se invoca la autoridad del príncipe o del emperador. La sentencia debe ser dictada por el magistrado investido de autoridad, pudiendo absolver o condenar, sin perjuicio que en caso de perplejidad por silencio de la ley o ante casos no previstos, éste podía terminar el proceso por un medio diferente a la sentencia, a través de la *consultatio* que consistía en remitir los autos al emperador –y más adelante a los supremos magistrados- lo que debía ser anunciado por el magistrado a las partes y pasados que fueran diez días, tenía que redactar un informe que resumiera la marcha del proceso y las dudas surgidas, teniendo las partes un lapso de cinco días para presentar sus observaciones que se denominaban *libelli refutatorii, literae refutatoriae*, para refutar el informe del magistrado, luego de lo cual y en un plazo de veinte días, el magistrado debía expedir al emperador su informe y unidos a él, los libelos de refutación, así como los autos.

De esta forma el emperador se formaba un criterio, decidiéndola o remitiéndola a uno de sus magistrados superiores, momento en el cual las partes no tenían intervención, so pena de importunar al emperador con sus observaciones. La decisión imperial al emanar de la máxima autoridad, carecía de medios recursivos o remedios para su cuestionamiento. Pero la *consultatio* fue luego prohibida por

---

[200] Vittorio SCIALOJA. Ob. cit. p. 396.

Justiniano quien le impuso a los magistrados el deber de decidir, sin poderse excusar en la ambigüedad, oscuridad, contradicción de la ley.

4. DERECHO GERMÁNICO.

El derecho Germánico que rigió entre los bárbaros como pueblo errante y aventurero,[201] se presentó un proceso primitivo, bárbaro y simple si lo comparamos con el romano que como nos dice PALACIO,[202] estaba caracterizado por la lucha de partes, donde su punto de partida más que en la alegación de un derecho, se ubicaba en la imputación que el actor hacía al demandado de la comisión de una injuria –*Unrech*-. Se trató de sistema netamente formalista caracterizado por la divinidad como norma en la administración de justicia, la oralidad y la publicidad que se realizaba en asambleas populares –*Hundertschaft*- donde residía la jurisdicción,[203] pues ésta descansaba directamente en el pueblo, con ausencia de leyes escritas y donde la función del juez –Richter- se limitaba a dirigir el debate y a proclamar o promulgar la sentencia, dictada a propuesta de la comisión de miembros peritos en derecho en los primeros tiempos y luego jueces permanentes especiales –*scabini*- todo lo que ocurriría en el período franco –siglo V al XII- quienes se mantuvieron fieles a la solución de las problemas siguiendo la tradición conservadora de los ancianos.

Explica ALSINA,[204] que en la organización judicial se encontraba frente de cada comunidad un "conde" encargado de convocar y presidir la asamblea –el juez a que se refiere PALACIO- nombrado primigeniamente por el pueblo y luego el nombramiento pasaría a manos del rey quien en un momento posterior asumiría la función jurisdiccional.

El proceso transcurriría en dos momentos, el primero donde se realizarían las afirmaciones de las partes y el otro donde se realizaría la actividad probatoria. El mismo comenzaría con una ceremonia religiosa y la previa citación que el demandante hacía al demandado –*mannitio*- y luego de constituida la asamblea, aquel exponía verbalmente su demanda invocando la divinidad y el demandado su defensa, donde podía allanarse a la pretensión o rechazarla, todo lo que daba paso al dictado de una sentencia

---

[201] Señala Humberto BRISEÑO SIERRA que […] *Los núcleos germánicos no aparecen primeramente como una federación sino con vida independiente, dividiéndose en germanos del Oeste o alemanas, y germanos del Este o góticos vandálicos y tribus escandinavas. La homogeneidad está en la tradición y la estructura de tres pueblos de próximo parentesco que pertenecen al Este y Norte del Rhin y del Danubio."*. Ob. cit. Vol. I. p. 128.

[202] Lino Enrique PALACIO. Ob. cit. Vol. I. pp. 81 y ss.

[203] Según BRISEÑO SIERRA las asambleas del país en que descansaba la vida política era el *concilium civitatis*, reunido en determinadas épocas para decidir sobre la guerra y la paz y otros asuntos importantes como las elecciones y reconocimientos de reyes, designaciones de príncipes y duques, siendo además una asamblea judicial que juzgaba sobre delitos políticos y militares. Ob. cit. Vol. I. pp. 129 y ss.

[204] Hugo ALSINA. Ob. cit. Vol. I. pp. 215 y ss.

denominada "interlocutoria"[205] o "probatoria" que se limitaba a declarar el derecho y sobre quien recaía la actividad probatoria. Luego, si el demandado se conformaba con ella –con la imputación y se allanaba- prometía al demandante satisfacerla, pero en caso de rechazarla ofrecía probar que no tenía la razón, de manera que como podremos observar, era la posición de la parte demandada la que determinaba la distribución de la carga probatoria, pues de rechazar la demanda –pretensión- del demandante, asumía la carga de aportar al proceso la prueba de su inocencia, de la sinrazón de la pretensión del accionante, lo que evidencia la inexistencia de la presunción de inocencia, la cual recaía y tenía que ser acreditada por el acusado. Dice ALSINA que como consecuencia de lo indicado, es por lo que se dice que la prueba no iba dirigida al juez para hacerse una convicción, sino al demandante y más que una carga, era un "beneficio" para demostrar la inocencia.

SILVA MELERO al tratar este punto de la carga probatoria nos dice que en el Derecho germánico quien aparecía como acusado debía probar que la acusación no era verdadera, vale decir, que asumía la carga de lo negativo colocando al demandado en una posición de desventaja lo que se resume en el principio reo *nom probante actor obtinebit*, observándose así la gran diferencia con el derecho romano donde el *actore nom probante reus absolvitur.*[206]

Respecto al tema probatorio, indican tanto ALSINA como PALACIO que consistía en provocar el juicio de la divinidad, reduciéndose fundamentalmente al "juramento de purificación" prestado con conjuradores –miembros de la misma tribu que declaraban sobre la credibilidad que merecía el demandado- y las "ordalías o juicios de dios" como la prueba de fuego, agua candente o hierro candente, el duelo entre otras, consistentes en experiencias a través de cuyos resultados se creía descubrir la voluntad divina, pruebas que se realizaban ante la asamblea quien en definitiva dictaba la sentencia consistente en establecer si había sido rendida –la prueba- satisfactoriamente

Es interesante destacar los medios de prueba que podían utilizarse en este momento, los cuales magistralmente nos expone FIERRO-MENDEZ, quien nos dice que […] *Los medios de prueba en los juicios de DIOS fueron diversos, dependiendo del tiempo y lugar donde se les aplicó. Sin embargo se les puede agrupar en dos sectores; uno de carácter general y otro de carácter especial. El primero regía para todos los casos y los segundos para el ritual en particular del cual se tratase.*".[207] Los medios de prueba de carácter general o ritual común eran: a) Se bendecía el lugar escogido parea celebrar el juicio si no era un lugar sagrado; b) Los litigantes y el imputado prestaban juramento de decir la verdad; c) Se celebraba una misa en la que comulgaban; d) Se bendecía el agua o exorcizaba el agua, el hierro, el fuego o cualquier instrumento que habría de servir para la prueba;

---

[205] De aquí el nacimiento de lo que hoy se denomina decisiones o sentencias interlocutoria.
[206] Valentín SILVA MELERO. Ob. cit. p. 9.
[207] Heliodoro FIERRO-MENDEZ. La Prueba en el Derecho Penal Acusatorio. Ediciones Leyer. Bogotá, 2006. pp. 101y ss.

e) Se rezaban las letanías de los santos; f) Se practicaban los exorcismos y bendiciones; g) Se leía el principio del evangelio de San Juan; y h) Se daba la última bendición.

Respecto a los medios de prueba particulares tenemos: a) El *duelo judiciario*, que como su nombre lo indica consistía en un combate, cuyo sustrato legal estaba en SAMUEL 1, capítulo 17, versículos 1 a 58, donde se narra el duelo de GOLIAT contra DAVID. La confrontación se realizaba entre el acusador y el acusado o entre sus representantes; b) El *sorteo*, que se trataba de un mecanismo de azar para establecer el responsable de un hecho o la razón de uno de los litigantes, cuyo fundamento también se ubicaba en pasajes bíblicos; c) El *juramento en eucaristía*, que basados en el libro del Éxodo, capítulo 20, versículo 7, aparece en los mandamiento que *"No tomarás el nombre de JEHOVÁ tu DIOS en vano; porque no dará por inocente JEHOVÁ al que tomare su nombre en vano*". Luego, en los juicios de DIOS donde se empleara el juramento, la persona acusada purgaba la acusación a través del medio, si el juez o el acusador exigían su prestación y ellos se contentaban con este solo hecho; d) La *cruz* que consistía en poner al acusado de pié o de rodillas contra una cruz, con los brazos extendidos y durante un determinado lapso, ordinariamente durante una misa o el canto de ciertos salmos, de manera que si dejaba caer los brazos antes del tiempo fijado, era declarado culpable, incluso se daba el caso que tanto al acusador como al acusado se le hacía el procedimiento y quien primero bajara los brazos perdía el juicio y era declarado culpable. También y como una mezcla entre este medio y el sorteo se tomaban dos dados o varios trozos de madera y se marcaba uno con la cruz, luego de lo cual, en compañía de doce testigos se llevaba al acusado a la iglesia o ante reliquias de algún Santo, y se ponían los dados o trozos de madera sobre el altar o sobre las reliquias y se envolvían con un pañuelo. El sacerdote invocaba a DIOS para que manifestara la responsabilidad o no del imputado, lo que materializaba a través de la escogencia de los dados o trozos de madera que hacía el sacerdote o un niño a quien se le pedía que lo tomara, teniendo la razón y consecuencialmente la inocencia, si el escogido tenía la cruz; e) El *pan bendito*, que consistía en hacer ingerir al imputado una mezcla de pan y queso, en el cual se insertaba un texto escrito de la Biblia o la oración del Padrenuesto, de manera si la persona tragaba sin dificultad, era considerado inocente, caso contrario o de expelerla era culpable; f) El *agua*, que como prueba podía ser fría o caliente, el primero que tenía mayor popularidad, lo que consistía en llevar al acusado o imputado atado de pies y manos al lado del mar, río, lago o estanque y arrojarlo de golpe, de manera que si permanecía a flote era culpable, en tanto que de sumergirse se consideraba inocente, ello sin perjuicio que en algunos lugares al temática era al contrario. También se daba el caso de hacer introducir al culpable su mano en un recipiente lleno de agua y si salía seca era inocente. La prueba del agua hirviendo consistía en introducir un objeto en una olla de aguar hirviendo, donde el imputado introduciría su mano, que luego de sacarla era vendada y sellada la venda con sello del juez, y si pasado tres días no aparecía señal alguna de quemadura, era tenido como inocente; g) El *fuego*,

que consistía en sostener en la mano un hierro candente, manteniendo la mano dentro de un guantelete de hierro candente, arrojando con la mano desnuda un hierro abrazado a un recipiente dispuesto a cierta distancia, caminar descalzo sobre planchas calientes, pasar sobre un brasero u hoguera encendida, entre otras formas; y h) El *féretro*, que se aplicaba a los delitos de homicidio y que consistía en llevar ante el cadáver al presunto homicida y luego de prestar juramento, si al contacto de éste las heridas de la víctima sangraban o se manifestaban señales parecidas, se tenía como culpable al presunto homicida.

5. DERECHO COMÚN.

El proceso ítalo-canónico, romano-canónico o longombardo como también se le conoce se cristaliza en el reino longobardo de la Alta Italia, lo cual es consecuencia de la invasión de los bárbaros que penetran en Italia el Derecho germánico, de manera que se trató de un derecho y especialmente de un proceso mixto romano germánico –no se asume el proceso romano en su esencia sino que se produce un sistema mixto de procesos que ha de denominarse común, romano-canónoco o ítalo-canónico- donde se desecha la asamblea judicial o justicia en asamblea sustituyéndose por un funcionario real, quien acompañado de asesores permanentes como peritos de derecho, se encarga de la administración de justicia, cuyo impulso procesal fundamentalmente se concentra en él y al pronunciamiento que emita se le añade la ejecución, la cual puede ser impugnada ante el tribunal real mediante la *appellatio* propia del derecho romano. Del derecho germano provendrían las afirmaciones de derecho y las contrainformaciones formales en cabeza de las partes, la disposición de las pruebas mediante sentencia interlocutoria impugnable, pero ahora la prueba estaría dirigida al tribunal y no a las partes, de manera que su destinatario cambiaría con respecto al sistema germánico, lo que se haría a través de los diferentes medios como la testimonial juramento del demandado, documentos y prueba en contrario, cuyo apreciación estaría reflejada en la sentencia.[208]

El proceso comenzaba mediante demanda –libellus- presentada por el demandante y por orden del juez se ordenaba la citación del demandado, lo que se hacía a través de un subalterno, a cuyo efecto en la primera audiencia, se hacía entrega solemne del escrito inicial que solo tenía afirmaciones de derecho por parte del accionante, el cual, si el demandado no oponía objeción alguna a la admisibilidad del

---

[208] Dice ALSINA que el procedimiento mixto romano canónico, llamado también común, lo era porque se aplicaba en cuanto no lo derogasen las leyes locales, en tratándose del esquema del derecho romano con el aporte del derecho germánico, de carácter escrito y secreto con el sistema de pruebas legales, aún cuando –sigue señalando- según CHIOVENDA, el proceso era común, pues de los romanos eran los principios fundamentales de la prueba y la sentencia; en tanto que de los germanos se tomó la división del proceso en dos partes, antes y después de la contestación de la litis y su subdivisión en estadios diferentes y absolutos, consagrados cada uno a distintos puntos de la cuestión, así como las solemnidades de la contestación de la litis, que era estimado indispensable para fundar el juicio y la desmedida preponderancia de la iniciativa de las partes. Ob cit. Vol. I. pp. 217 y ss.

procedimiento, procedía a dar contestación a la demanda mediante afirmaciones en contra formales o documentales lo que se presentaba como lo que se tenía como la *litis contestatio*, esto es, como una declaración de voluntad de controversia entre las partes, sin la que no podía dictarse sentencia, todo so pena que de no comparecer o de no contestarse la demanda, procedía el embargo de los bienes del demandado, proscripción, anatema o excomulgación.

Según BRISEÑO SIERRA,[209] en función de la demanda presentada, el tribunal revisaba la cuestión de hecho presentada, para lo cual las partes tenían la carga de las afirmaciones a través de enunciados concisos, así como la carga de la prueba respecto a las afirmaciones fácticas controvertidas, mediante la aducción de defensas dilatorias y perentorias en forma consecutiva, seguido con los actos de prueba, de lo cual se dejaba constancia escrita y que diera lugar a la máxima *quod non es in actis, no est in mundo* –lo que no está en las actas, no está en el mundo-. Igualmente conseguimos en éstos términos las exposiciones de VÉSCOVI,[210] así como de PALACIO quien explica que […] *A la demanda del actor, que debe formularse por escrito (libellus), el demandado puede oponer defensas previas dentro de un determinado plazo (terminus ad omnes dilatorias et declinatorias proponendas), las que se substancian y resuelven en un período anterior a la discusión sobre el fondo del asunto (terminus ad audiendum interloqui super dilatoriis), sin perjuicio de alegar desúés, en oportunidad de contestar la demanda, las restantes excepciones posibles. No opuestas las excepciones por el demandado tenía lugar la litis contestatio, que carece del sentido contractual que tenía en el derecho romano de la época clásica y sólo significaba la incorporación del demandado a la contienda judicial.".*[211] Observemos de lo anterior la división de actos procesales contrarios al sistema donde se aplica el principio de eventualidad, pues primeramente se hacía la tramitación de las cuestiones o defensas previas y luego de ellas o no opuestas es que opera la defensa de fondo mediante la *litis contestatio*, donde incluso podían ejercitarse las demás excepciones no hechas valer en forma previa.

Esta actividad conducía al dictado de una sentencia interlocutoria que se refiriera al tema de las pruebas, la que podía ser impugnada como sentencia *iniqua* o por vicios de procedimiento mediante queja de nulidad. Luego, las partes podían promover la prestación del juramento de malicia -*terminus ad iusiurandum* de calumnia- que pretendía proteger la buena fe de los litigantes y fijar el tema controvertido, lo que continuaría con la formulación de posiciones –*terminus ad ponendum*- que debían ser respondidas personalmente por la otra parte –*terminus ad respondendum*- ello para la obtención de la exención de la carga probatoria, culminando con la apertura del proceso a pruebas.

---

[209] Humberto BRISEÑO SIERRA. Ob. cit. Vol. I. pp. 136 y ss.
[210] Enrique VÉSCOVI. Teoría General del Proceso. p. 28.
[211] Lino Enrique PALACIO. Ob. Cit. Vol. I. pp. 83 y ss.

Materializadas las pruebas, se le permitían a las partes presentar sus alegatos finales –*terminus ad concludendum*- ordenando el juez la citación para el dictado de la sentencia –*citatio ad sententiam*- que era pronunciada en forma pública y oral, siendo que respecto al sistema de valoración de pruebas fue tasado.

6. RECORRIDO HISTÓRICO DEL RÉGIMEN DE LAS PRUEBAS EN EL SISTEMA LEGAL VENEZOLANO. INTRODUCCIÓN.

Luego del análisis de la evolución del sistema del sistema de las pruebasjudiciales en los diferentes momentos de la historia del derecho, concretamente en función a los tipos procedimentales que mantuvieron su vigencia en cada etapa, desde el Derecho egipcio, griego, romano, pasando por el germánico para terminar con el común, nos interesa en este momento tratar la cuestión de la evolución histórica de laspruebas en nuestro sistema de procedimientos hasta llegar a los códigos que actualmente y en las diferentes materias regulan la temática, para lo cual comenzaremos con un estudio del sistema existente durante la Colonia, tomando como fuentes a autores como ALSINA, PALACIO, PODETTI, CLARIÁ OLMEDO, DI IORIO, HITTERS, VÉSCOVI, COUTURE, BRISEÑO SIERRA, MORALES MOLINA, DEVIS ECHANDÍA, AZULA CAMACHO, FIERRO-MENDEZ, ARANGONESES, SILVA MELERO y entre nosotros FEO, TOVAR LANGE, BELLO LOZANO, BRICE, CARRILLO BATALLA, BREWER CARÍAS, RENGEL ROMBERG entre otros, cuyos obras ya han sido reseñadas.

6.1. El procedimiento durante la Colonia. El llamado "Derecho de Indias".

Para el análisis de las pruebas durante la época de la Colonia, especialmente durante el tiempo de vigencia de las Leyes de Indias, se nos antoja referirnos previamente al sistema jurídico imperante en España en aquellos tiempos, pues precisamente la leyes vigentes en la Península Ibérica se trasplantarían y tendrían vigencia en nuestro sistema jurídico e influirían decisivamente en la formación de la organización jurisdiccional. Para este cometido utilizaremos como fuente bibliográfica fundamentalmente a SILVA MELERO, BELLO LOZANO, CARRILLO-BATALLA, QUIENTERO y PRIETO, COUTURE, BRISEÑO SIERRA, ARANGONESES y GISBERT, entres otros autores que se identificaran respectivamente.

6.1.1. Leyes vigentes en la Península Ibérica que se trasplantarían al "Derecho de Indias".

Luego que lo visigodos invadieron a España a finales del siglo V, cuando tenían la condición de provincia romana, aunque seguían rigiéndose por las leyes romanas y el invasor por las normas consuetudinarias, pesa a la separación normativa fueron entremezclándose las instituciones romanas y germanas, de lo que como se verá, diera lugar al "Fuero Juzgo" o "Libro de los Jueces" de 654, el cual conservaría su vigencia incluso durante la invasión árabe.

En este sentido nos enseña ALSINA,[212] que fue a partir de la invasión de los germanos cuando comenzó en España la historia del procedimiento civil; que durante la dominación romana, la justicia era administrada en la península por delegados o presidentes, cuyas resoluciones eran apelables solo en ciertos casos ante el príncipe y para conocer de los procedimientos o litigios –que eran los mismos vigentes en todo el imperio, esto es, el extraordinario- los referidos delegados se reunían en conventos jurídicos celebrando audiencia públicas; que cuando en España se instalaron los germanos dejaron que sus habitantes continuaran rigiéndose por sus instituciones –las romanas- estableciéndose una división que se acentuaría con la publicación de dos códigos, una para los germanos, conocido como "Código de Tolosa", redactado por Eurico en 466, que se presentaba como una recopilación de costumbres germanas, y el otro para los peninsulares denominado "Breviario de Aniano" –sucesor de Eurico- que se presentaba como un resumen de los códigos romanos Gregoriano, Hermoniano y Teodosiano, los que fueran refundidos dando nacimiento al "Fuero Juzgo".

El "**Fuero Juzgo**" es considerado como un monumento del derecho y de la lengua castellana, no solo por contener en forma amplia el alcance y desarrollo del penseamiento jurídico del puelbo visigodo desde su establecimiento en la península ibérica, sino por su casticidad y claridad en los conceptos que devino en el buen sentir y sabiduría de los juristas que lo construyeron.

Nos enseña el maestro Humberto BELLO LOZANO,[213] que el Rey Rescenvito encargó a San Braulio, obispo de Zaragoza, que procediera a recopilar a la vez y en un solo cuerpo legal todas las leyes visigodas, y luego el monarca le pidió el al Concilio VIII de Toledo, celebrada en 652, que hiciera una reforma a la legislación visigoda, a cuyo efecto y para el cumplimiento de la función, se crearía una Comisión que estudiaría el proyecto de San Braulio, revisando su trabajo y dividiendo en doce libros los títulos que contenía el proyecto. En el año 654 se promulgaría dicho texto legal, al cual se le daría el

[212] Hugo ALSINA. Ob. Cit. Vol. I. pp. 218 y ss.
[213] Humberto BELLO LOZANO. Historia d las Fuentes e Instituciones Jurídicas Venezolanas. pp. 71 y ss. Igualmente véase Tomás Enrique CARRILLO BATALLA en su trabajo "Historia de la Legislación Venezolana", Vol. I. Biblioteca de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Serie estudio. N° 1. Caracas, 1984. pp. 22 y ss.

nombre de “Fuero Juzgo”, el cual sufriría una reforma por orden de Ervigio, entrañando su modificación la alteración de las muchas leyes y cambios en su sentido.

El “Fuero Juzgo” estaría conformado por normas, preceptos e instituciones jurídicas que forman su contenido, clasificadas en costumbres germánicas escrituradas, leyes romanas adoptadas o adaptadas a la mentalidad jurídica visigoda y los cánones sobre asuntos jurídicos laicos y religiosos, igualmente contendría leyes dictadas o compiladas en tiempos de Eurico y las promulgadas posteriormente por los Monarcas.

Como se señalara , este instrumento estaría dividido en doce libros, y un título preliminar con dieciocho leyes, el “libro primero” se referiría al derecho político visigodo, a especie de tratado de derecho constitucional, cuyas disposiciones tratarían las cualidades, ciencias y virtudes de los legisladores, así como las leyes mismas; el “libro segundo” se ocuparía de la organización y funcionamiento de os tribunales de justicia, su composición, la figura del juez, las instancias y los procedimientos. Este libro trató el tema de las pruebas, regulando como medios la testimonial, documentos, y en su defecto el juramento, los días hábiles e inhábiles, entre otros aspectos propios del sistema procedimental; el “libro tercero” estudió lo relativo a las materias de derecho civil y matrimonio; el “libro cuarto” trató la cuestión del linaje natural y del parentesco, con el establecimiento de los grados tanto en línea recta como colateral. También se trató del tema sucesorio, testamentos, entre otros aspectos propios del tema; el “libro quinto” se refirió al tema de los contratos, su otorgamiento, consentimiento; los “libros VI, VIII, VIII y parte del IX” trataron el tema penal.

El “Fuero Juzgo” fue la legislación que regio en España por doce siglos, desde 654 hasta 1888, tiempo en el cual fue objeto de reformas y modificaciones, redactado en lengua latina y su primera traducción a la lengua castellana se haría por el monarca San Fernando en el siglo XII, el cual caería en desuso como consecuencia de la invasión árabe lo que daría paso al nacimiento de la legislación foral como se señalara a continuación.

Nos enseña BELLO LOZANO que cuando los musulmanes iniciaron su conquista, los visigodos fueron fácilmente vencidos, retirándose a las montañas de Asturias y Galicia, de donde comenzarían su resistencia contra los árabes quienes en definitiva sucumbirían en las guerras, dando paso a la fundación de Galicia, el reino de Oviedo y un siglo más tarde, León, Castilla, Aragón y Navarra, reinos de donde se trabaría la lucha contra los árabes, lo que culminaría con la reconquista definitiva llevada a cabo en Sierra Morena, donde en el año 1212 se daría la célebre batalla de las Navas de Tolosa. A partir de ese momento de produciría la derrota de los árabes, más su expulsión definitiva se llevaría a cabo en 1492 cuando

Fernando de Aragón e Isabel de Castilla y León –los Reyes Católicos- recuperarían el reino de Granada, único estado en manos de los árabes en la Península.[214]

La reconquista tuvo como elemento característico el nacimiento del sistema de Fueros municipales, como entidad jurídico-administrativo fundamental en cada ciudad, que traería como consecuencia el nacimiento de la legislación foral, la que se materializaría a través de los llamados Fueros, Cartas Pueblas, las Fazañas y Fueros de Albedrío, siendo los Fueros municipales fuente del derecho de carácter local, que recogerían las normas jurídicas de aplicación en un municipio determinado, representando las manifestaciones fundamentales del derecho vigente en aquellas ciudades de los distintos Estados Hispanocristianos durante la Edad Media, en tratándose de cuadernos o cartas otorgadas a los pueblos por los reyes y señores para regular la convivencia social, administrativa y gubernamental. Estos Fueros constituyeron un instrumento político que sirvió para la materialización definitiva de esa reconquista mediante la toma de los territorios usurpados y la defensa de cada sitio reconquistado.

Según nuestro antecesor, en los Fueros se manifestaban siempre en una forma expresa o tácita la idea de que las normas en ellos contenidas, eran una forma de "derechos pactados" entre el Rey o el Señor y los vecinos de la ciudad, que aunque trajeron muchos beneficios civiles y políticos, fueron criticados dado su carácter localista o regionalista en lo que respecta al derecho que se aplicaba en cada municipio o localidad, derecho que a su vez era imperfecto y contradictorio, como sucedía en materia penal donde la legislación foral habría abolido las instituciones establecidas en el Fuero Juzgo y en cambio las pruebas bárbaras –a las que hicimos referencia en otro momento- se aplicaron en su plenitud, a excepción de determinadas localidades donde no aplicaba como Logroño, Aragón y Sanabria. Esa "regionalidad" en la aplicación del Derecho Foral, conduciría a impedir la unidad legislativa que se perseguía, los nos ubica en lo que BELLO LOZANO llamaría los "Reyes Legisladores" para referirse al Rey Fernando III –El Santo- quien daría el impulso de la Reconquista con la toma de Granada por los ejércitos de los Reyes Católicos, quien mostrando talentos tanto jurídicos como intelectuales,[215] haría el primer intento para unificar la legislación en España y poner fin a la pluralidad de leyes forales –a través del "Septenario"- lo que no pudo concretarse al tener que dar fueros al no haberse podido consumar en su totalidad la Reconquista. Pero la actividad de FERNANDO III dejaría preparado el terreno para la unidad legal en España que luego llevaría a cabo Alfonso X –El Sabio- hijo de Fernando III, a través de

[214] Humberto BELLO LOZANO. Historia de las Fuentes e Instituciones Jurídicas Venezolanas. Colección "Vocación por el Derecho". Impresores Garza S.R.L. Caracas, 1980. pp. 79 y ss.
[215] Se atribuye al Rey Fernando III, la fundación de la Universidad de Salamanca, así como el establecimiento de la Real Audiencia, como conjunto de funcionarios que debían informar al Rey de las cuestiones sobre las que habría de fallar, atendiendo la administración de justicia de ese momento.

obras jurídicas dictadas durante su gobierno como el "Espéculo", el "Fuero Real o de Castilla", "Las Siete Partidas", las "Leyes Nuevas" y las "Leyes de Mesta".

El **"Espéculo"** o espejo de todos lo derechos,[216] se presenta como el primer cuerpo de leyes que tuvieron como finalidad la uniformidad de la legislación española, mediante la recopilación en un Código de los principios jurídicos diferentes a los que se encontraban en uso, cuerpo de ley que nunca tuvo fuerza de legal por la resistencia que encontró y que de haberse continuado en el intento de darle la fuerza necesaria, hubiera conducido al fracaso del objetivo trazado , esto es, la unidad legal, lo que condujera definitivamente a su abandono, para dar lugar con ello a la creación de otro cuerpo unificador, ahora a través del **"Fuero Real o de Castilla".** El "Espéculo" dice BRISEÑO SIERRA, estaba […] *dividido en libros y éstos en títulos que se subdividieron en leyes. Fuera de los tres primeros libros, aparecen, en lo documentos conocidos, disposiciones sobre la administración de justicia y del procedimiento, faltando gran parte de la legislación sobre derecho privado. Así pues, los libros IV y V tratan de los procedimientos: personas que administran justicia, su nombramiento y deberes, su clasificación en Adelantados mayores, jueces puestos en la corte que alzadas y pleitos de gran importancia, jueces menores e cargo de una merindad, alcalde de corte y alcaldes de ciudades y villas, que determinara lo que designara el Rey, dándose el cargo por razón de heredamientos y alcaldes de avenencia, nombrados por los litigantes* […] *Se preceptuaba la demanda, emplazamientos, vía de asentamiento, contumacia y excepciones dilatorias. Se trataba de la prueba y sus plazos, de las sentencias interlocutorias y definitivas; de las apelaciones y el recurso de nulidad que cabía en el plazo de veinte días.".*[217]

El "Fuero Real" que también se presenta como un instrumento utilizado por Alfonso X para lograr la unificación legal y sustituir el derecho local o foral de los municipios por un derecho común aplicable en todo el territorio ibérico, se trató de un cuerpo de leyes de cuatro libros en los cuales se trataría el derecho eclesiástico, la ley y sus efectos, el derecho civil, la organización judicial, la tramitación de los procedimientos y el derecho criminal. Pero los esfuerzos de unificación y sustitución señalados no obtuvieron sus resultados, aunque como fuente de derecho alcanzaría gran autoridad doctrinal entre los juristas.

"Las Siete Partidas" se presentan como el tercer intento de unificación de la ley y de sustituir el viejo derecho foral local o municipal, representando la obra más importante de Alfonso X y del derecho histórico castellano que alcanzara mayor difusión en el mundo jurídico europeo, aunque su destinado también fuera fallido dada la resistencia que consiguió, colocándose en consecuencia como una gran obra

---

[216] Señala CARRILLO BATALLA, que el "Espéculo" trató cuestiones procedimentales, asuntos religiosos, militares y relativos a la sucesión de la Corona de Castilla. Ob. cit. Vol. I. pp. 40 y ss.
[217] Humberto BRISEÑO SIERRA. Ob. cit. Vol. I. p. 155.

doctrinaria y filosófica que no tuvo fuerza obligatoria y que serviría de consulta al Monarca y a los jueces.[218]

Las Partidas tuvieron como fuente el Derecho Canónigo contenido en las Decretales de Gregorio IX y en el Decreto de Graciano, así como en los Fueros Municipales -Fuero de Cuenca, de Córdoba, Fuero Real, Fuero Juzgo-; dice BELLO LOZANO que […] *Los Fueros Nobiliarios también se consideraron, pero en muy pocas proporción. El Derecho Civil de Las Partidas es fiel trasunto del Derecho Justinianeo. La última fuente está constituida por las opiniones de los jurisconsultos y de los sapientes del Derecho.".*[219]

Respecto al contenido de las partidas tenemos: a) **Partida Primera**. Se refirió al tema religioso, a la fe católica, la organización del Estado, la ley y la costumbre, todo lo que se dividió en XXIV títulos; b) **Partida Segunda**. Se refirió al derecho público, los emperadores y el rey, así como otros grandes señores. También se refirió a algunos principios de derecho internacional como la guerra marítima y terrestre, o que termina con el contenido respecto a la instrucción pública, dividiendo el estudio en mayores y menores, contenido en XXXI títulos; c) **Partida Tercera**. La que más nos interesa por la línea de investigación que tenemos, se refirió al derecho procesal, regulando lo referente a la organización jurisdiccional, tribunales y sus competencias así como su clasificación, la manera de fallar los juicios, escribanos, procuradores y boceros –abogados- el procedimiento y demás elementos propios del sistema procesal, que tuvo sus fuentes en el Derecho Romano, los Fueros y el Derecho Canónico, lo que se comprendería en XXXII títulos; d) **Partida Cuarta**. Trató el derecho civil, la organización de la familia, matrimonio, impedimentos, desposarios, sociedad conyugal, parentesco, dividida en XXVII títulos; e) **Partida Quinta**. Se trató el derecho de obligaciones y contratos, copiando casi todas las disposiciones del Derecho Romano sobre el tema, dividida en XV títulos; f) **Partida Sexta**. Estaba referida al tema de la sucesión por causa de muerte, la testamentación antiva u pasiva; y g) **Partida Séptima**. Se ocupó de legislación criminal, estando conformada por XXXIV títulos.

Cuenta la historia que la política de Alfonso XI de acrecentamiento del poder real, condujo a la convocatoria de las Cortes para el aumento del poder del estado llano, que paralelo con la guerra de Reconquista, dictaría disposiciones para propagar la autoridad de los códigos en general, concediendo su

---

[218] Dice BELLO LOZANO que […] *Por lo general se ha admitido que las Partidas no alcanzan fuerza legal, hasta que Alfonso XI, las incluyó en las fuentes aplicables del Derecho Castellano, al promulgar el Ordenamiento de Alcalá en 1348, pero no faltan documentos que demuestran su alegación ante los Tribunales en fecha anterior; ya hemos dicho que por su carácter erudito, fueron recibidas con honestidad por las clases populares y su vigencia real, como cuerpo de leyes de obligatorio cumplimiento, tardó mucho tiempo en conseguir.".* Ob. cit. p. 85.

[219] Humberto BELLO LOZANO. Ob. cit. p. 85. Comenta el maestro que se dice que entre los autores de Las Partidas aparecen Jacobo, Fernando Martínez de Zamora y Roldán, juristas que tuvieran gran influencia en la Corte de Alfonso X, siendo el editor y comentarista más autorizado de ellas Gregorio López, jurista del siglo XVI.

uso a pueblos como si del otorgamiento de privilegios se tratara, de manera que se procuró mantener abiertas las Cortes para el apoyo en este sentido, situación que llevó a la convocatoria de las Cortes de Alcalá que respecto al tema legislativo vinieron a determinar la preferencia en la aplicación de las leyes, mediante el "Ordenamiento de Alcalá" que como cuerpo legal hizo obligatorio Las Siete Partidas.

El **"Ordenamiento de Alcalá"** publicado en 1348, conformado por treinta y dos títulos, estaría comprendido de varios acuerdos tomados por las precitadas Cortes ubicadas en la ciudad de Alcalá de Henares, así como por las Cortes de Segovia y Ciudad Real, cuyo contenido versó fundamentalmente sobre administración de justicia y el régimen señorial, cuya importancia radicó en haber fijado por primera vez, el orden de prelación de las fuentes jurídicas aplicables en la época.

Siguiendo con las fuentes legislativas españolas nos topamos ahora con las **"Ordenanzas Reales de Castilla, Ordenamiento Real** u **Ordenanza de Montalvo"** que se refieren a la compilación hecha por orden de los Reyes Católicos, a cargo de Alfonso Díaz de Montalvo, que fuera acabada en 1485, aunque no tuviera vigencia legal, que clasificado en ocho libros contiene las leyes, ordenanzas y pragmáticas que se habían dictado desde el Fuero Real y Las Sietes Partidas, todo lo que fuera llevado a la Nueva Recopilación y posteriormente a la Nueva Recopilación.

Le sigue en el orden correspondiente su turno a las **"Leyes de Toro"** que se presenta como otro instrumento que atiende a la necesidad de simplificar la legislación, que a la muerte de Isabel la Católica, había sido culminado en su redacción, siendo que su promulgación no se hizo sino en las Cortes del Toro en 1505, con ocasión a la proclamación de la reina, Doña Juana la Loca. Se trató de un cuerpo de ochenta y tres leyes de contenido amplio que sirvió de formación de algunas instituciones jurídicas del pueblo castellano, tales como la presunción de la viabilidad en el nacimiento, la condición jurídica de los hijos naturales, comprendiendo también temas como las mejoras en la sucesión y el establecimiento del mayorazgo que consistía en un derecho de preferencia del hijo mayor a la herencia paterna, en relación con sus demás hermanos. Este instrumento como tal no se trató de un código completo que pudiera unificar la legislación, sino que serviría para llenar vacíos y dirimir disputas que se producían en tribunales respecto a su interpretación.

Otro cuerpo de ley que se produce con posteridad, lo fue la **"Nueva Recopilación de las Leyes de Castilla"**, sancionada por el Rey Felipe II y publicada con Pragmática de 14 de marzo de 1567, donde quedarían comprendidas la leyes que se estimaron no derogadas, desde Las Partidas" y "Fuero Real", algunas del "Fuero Juzgo" y del "Estilo", casi todas las del "Ordenamiento de Alcalá", las ochenta y tres de las "Leyes de Toro", así como las publicaciones intermedias. Esta "Nueva Recopilación" llamada así con relación al "Ordenamiento del Montalvo" constaría de nueve libros en su mayoría destinados a la administración y hacienda pública, que aunque con la finalidad de unificación, su publicación no acabaría

con la necesidad de seguir consultando otras fuentes anteriores del Derecho Castellano, a lo que se suma el hecho que el Consejo de Castilla seguiría aumentando el cuerpo legislativo por medio de autos, acuerdos y resoluciones que con la aprobación del Rey, no solo tenían aplicación en casos concretos que la habían motivado, sino que alcanzaron vigencia de carácter general.

Lo anterior daría lugar a que en 1805 y bajo el reinado de Carlos IV, se procediera a la promulgación de otro instrumento legal como lo fue la **"Novísima Recopilación"**, compuesta desde 1798 por Juan de la Reguera y Valdelomar, auditor de la Castilla de Granada. La "Novísima Recopilación" dice BRISEÑO SIERRA *[…] cerró el ciclo reorganizador del cuadro confuso de leyes que fueron dispuestas en XII libros, a saber: I.- De la santa iglesia, sus derechos bienes y rentas prelados y súbditos, patronato real, con XXX tpitulos. II.- De la jurisdicción eclesiástica, ordinaria y mixta; y de los tribunales y juzgados en que se ejerce, con XV títulos. III.- Del rey y de su real casa y corte, con XXII títulos. IV.- De la real jurisdicción, y de su ejercicio en el Supremo Consejo de Castilla, con XXX títulos. V.- De las Cancillerías y Audiencias del reino, sus miembros y oficiales con XXXIV títulos.- VI.- De los vasallos, su distinción de estado y fueros; obligaciones, cargas y contribuciones, con XXII títulos.- VII.- De los pueblos, y su gobierno civil, económico y político, con XL títulos. VIII.- De las ciencias, artes y oficios, con XXVI títulos. XI.- De los juicios civiles, ordinarios y ejecutivos, con XXXV títulos. XII.- De los delitos, sus penas y de los juicios criminales, con XLII títulos.*".[220]

Siguiendo a BELLO LOZANO y con respecto al orden de prelación de aplicación de los instrumentos legales citados para 1680, cuando el Rey de España promulgó la Recopilación de las leyes de los Reinos de Indias, para los casos, negocios y pleitos, que no estuviera decidido, no declarando lo que debía proveerse por la Recopilación, se aplicarían las "Leyes de Toro", siendo la prelación en el Castellano las siguientes: a) El "Ordenamiento de Alcalá"; b) los "Fueros Municipales"; c) El "Fuero Real" si se probaba su vigencia; y d) La "Nueva Recopilación".[221]

Respecto a las pruebas en el sistema de Leyes vigentes en la Península Ibérica que se trasplantarían al "Derecho de Indias", podemos decir siguiendo a SILVA MELERO, que se conocieron las pruebas típicamente formales –testigos, documentos, inspección, indicios, juramento- arraigándose en las Partidas, mencionándose en el Ordenamiento de Alcalá y en las Leyes de Toro. Que respecto a las ordalías, perduraron más tiempo por estar reservadas a una determinada clase social, presentándose su desaparición debido a la influencia canónica, concretamente por excomuniones acordados en los concilios de León -1288- de Valladolid -1322- y antes con carácter general en el de Letrán de 1215-. También se conocieron las pruebas de testigo que prestigiadas por la influencia romana y canónica, terminarían por desplazar a las demás, calificadas de "bárbaras" y "vulgares", aunque luego adquiriría

[220] Humberto BRISEÑO SIERRA. Ob. Cit. Vol. I. p. 162.
[221] Humberto BELLO LOZANO. Ob. Cit. p. 89.

predominio la prueba documental a consecuencia del Fuero Juzgo y las Partidas que le permitieron alcanzar gran autoridad conforme al brocardo "donde hay cartas, barbas callan".

En el Fuero Juzgo también tuvo influencia el "tormento" procesal arraigado de la época imperial romana, aunque sería en el procedimiento canónico donde se abandonaría la utilización de medios de prueba irracionales y la introducción de la lógica del juicio, donde por ejemplo se excluiría a los testimonios de referencia, manteniéndose la tesis que el testigo sólo podría referirse a su experiencia sensorial y a las propias impresiones –nótese aquí que no solo se trata del relato de los hechos percibidos sino de juicio valorativos-. Se mantuvo el tema de la contradicción como principio insoslayable del criterio de investigación de la verdad, así como la carga de la prueba y la idea de la escala de probabilidad.

Como indica SILVA MELERO el Derecho español estuvo especialmente influenciado por el derecho ítalo-canónico, romano-canónico, longombardo o común, donde en definitiva y en los instrumentos jurídicos vigentes en la en la península fueron utilizados los siguientes medios probatorios:

a. La confesión, considerada como la más importante de las pruebas, con la aclaración que solamente la judicial producía plena prueba.
b. El testimonio, con la previsión de las incapacidades, del perjurio, del delincuente, de los siervos y enfermos mentales, estableciéndose categoría de testigos sospechosos, como en los casos de parentesco o dependencia, así como las personas sin domicilio fijo y las desconocidas. Fue exigido la concordancia entre dos testigos como mínimo para hacer prueba, con excepción del caso de los testigos presenciales, donde era suficiente la declaración de éste como único testigo; y respecto a los testigos de referencia éstos eran aceptados solo en determinados casos.
c. Se admitió la prueba de expertos o peritos y el reconocimiento judicial como sensibles percepciones del juez en relación al hecho a probar.
d. Respecto a los documentos para ser considerados como plena prueba, debían ser públicos, en tanto que los privados, así como la confesión extrajudicial documentada, se consideraban como pruebas indiciarias.
e. Fueron tratadas las presunciones, que si eran jurídicas conducían a una dispensa de prueba, en tanto que las demás eran consideradas como indicios.[222]

En general y considerando que estos medios probatorios que rigieron en el Derecho hispánico, fueron trasladados a nuestro sistema jurídico como consecuencia de la Conquista o el Descubrimiento, rigiendo en consecuencia en el período Colonial, nos resulta pertinente referirnos al sistema de procedimiento en este período de la historia denominado de "Indias", lo que haremos siguiendo en forma

---

[222] Valentín SILVA MELERO. Ob. cit. pp. 17 y ss.

fiel a las enseñazas de nuestro antecesor el gran maestro Humberto BELLO LOZANO,[223] quien en su monumental obra "Historia de las Fuentes e Instituciones Jurídicas Venezolanas" nos dice, que el descubrimiento de América no fue producto del azar mucho menos un hecho aislado en el mundo político de la época, siendo Colón quien tuviera la gloria de ser el primer hombre que para una potencia europea descubriera estas tierras, acto calificado como la revolución más grande que un hombre ha producido en la humanidad, pues todas las expediciones en vez de seguir hacia Oriente, se volcaron hacia América, sirviendo de escape a las guerras y feudos que se reinaban en esa Europa . Respecto al primer viaje de Colón, con la ayuda de los Reyes Católicos, especialmente de la Reina Isabel quien precisamente era quien había enfocado su atención en América y en la política Indiana, pues el Rey Fernando de Aragón estaría más interesado en la conquista de la propia Europa, se entregarían al Almirante varios documentos a saber: a) **La Capitulación**, firmado en 1492, por medio del cual se reconocía a Colón el carácter de Almirante de todas aquellas islas y tierras firmes que por su mano se descubrieran o ganasen, título vitalicio que se perpetuaba en sus sucesores con todas las prerrogativas de Almirante de Castilla, así como la designación como Virrey y Gobernador General en todo lo que se descubriera, el recibimiento del diezmo, quitadas las costas, de todo el tráfico mercantil, correspondiéndole la jurisdicción –juez de los civil y crimina- bien por sí o por sus tenientes en los pleitos originados en las causas, entre otros privilegios; b) **El Pasaporte del 17 de abril de 1492**, que le sirvió como salvoconducto en el viaje a iniciarse, de donde se desprende que el motivo que habría originado la expedición precisamente era emplear los extraordinarios recursos obtenidos en la conquista de Granada, en la gran empresa de convertirse a la fe cristiana a todos los pueblos sumidos en las tinieblas de la idolatría; c) **El Título del 20 de abril de 1492**, referidas a la confirmación de los títulos y privilegios otorgados a Colón; y d) **La Credencial del 30 de abril de 1492,** que se daría como consecuencia de las relaciones entre los rublos orientales e ibéricos durante los siglos XIV y XV.

Nos dice BELLO LOZANO, luego de darnos una magnífica explicación de las desavenencias presentadas entre Portugal y Castilla tras el descubrimiento de América y luego de firmadas entre éstos las paces en 1479, para dar fin al pleito colonial africano, que la Reina Isabel llenaría con su espíritu católico las Leyes de Indias, obteniendo del Papa Alejandro VI, las Bulas del 4 de mayo de 1493, a la vuelta del primer viaje del Almirante Colón, donde se les concederían los dominios de Ultramar para ellos y sus sucesores, en Castilla y León; que mediante provisiones se declararía expresamente que las provincias de Indias se incorporarían a la Corona Española, no pudiendo enajenarse, ni parte alguna ni pueblo de ellas, a cuyo efecto la primera providencia se expide para la Isla de la Española, dictada en 1529, y la segunda, aparecida en 1520, abarcaría todas las tierras Indias descubiertas o por descubrir, de

[223] Humberto BELLO LOZANO. Ob. cit. pp. 105 y ss.

ahí que se ha sostenido que la Indias no fueron Colonias sino Provincias de la Corona Española, donde los aborígenes fueron considerados con iguales derechos a los españoles europeos, consagrándose la legitimidad de los matrimonios entre ellos.

Por su parte señala CARRILLO BATALLA que […] *el estado en que estaba el derecho y la legislación española para el momento del descubrimiento de América y para aquel en el cual se dota a las nuevas organizaciones americanas de un derecho que procede de Europa. En vista del encuentro de ese Derecho con el Derecho Indígena, en algunos casos más elaborado como en México, Perú, como en de los Chibchas en el Altiplano andino de lo que es hoy la República de Colombia y en casos muy rudimentario, mucho más primitivo de otras regiones, como en la que es lo que comprende actualmente la geografía de Venezuela, indudablemente que la fusión de los Derechos tenía que crear problemas y para resolverlos, para clarificar cuestiones y para hacer que el Derecho se aplicara en forma más eficaz, fue que se empezaron a dictar disposiciones que luego se conocerían como Leyes de Indias".*[224]

Siguiendo con lo dicho, tenemos que el descubrimiento trajo consigo el encuentre de dos mundos, el encuentre de dos legislaciones, la Ibérica y la Indígena, lo que para evitar y resolver las confrontaciones existentes diera lugar a las **"Leyes de Indias"**, entendidas como aquel conjunto de normas jurídicas dictadas para su aplicación en los territorios de las Indias Occidentales, por los altos organismos del gobierno de la Metrópolis, el Rey, el Real y Supremo Consejo de Indias y la Casa de Contratación de Sevillas, así como por las autoridades radicadas en Indias, con facultades para dictar disposiciones de obligatorio cumplimiento en sus demarcaciones jurisdiccionales. Las fuentes de esta legislación Indiana fueron diversas, comenzando con las Capitulaciones de Santa Fe, firmadas por el Almirante Colón con los Reyes Católicos, cuando se fue en busca del descubrimiento de nuevas tierras y caracterizadas, por la extraordinaria profusión legislativa, que aunque no se hicieron amplias construcciones jurídicas, hubo de legislarse sobre problemas y casos concretos en Indias, tratándose de generalizar en lo posible la solución que se adoptara a especie de ley, de manera que en general debía acudirse preferentemente a las fuentes del Derecho Castellano, ya que en el Indiano apenas se encontraban preceptos que supusiesen una verdadera innovación jurídica de la doctrina tradicionalmente aceptada en la Metrópolis.

BELLO LOZANO expresa que tanto los Monarcas de la Casa de Austria como los de la casa de Borbón, pretendieron estructurar una vida jurídica de estos territorios, con criterios uniformes, tratando de asimilarlo al propio territorio peninsular castellano, legislación que trataría de trasplantar a América el espíritu de la legislación metropolitana, lo que implicaba transferir de la sociedad e instituciones de un mundo antiguo a uno nuevo. Sin embargo la legislación de Castilla tuvo en la legislación de Indias un sentido únicamente supletorio, y precisamente ello fue consecuencia de la diferencia de culturas y de la dificultad de adaptamiento de las normas ante dos mundos diferentes, lo que daría lugar al surgimiento

---

[224] Tomás Enrique CARRILLO BATALLA. Ob. cit. Vol. I. pp. 49 y ss.

de numerosas y sustanciales leyes consuetudinarias en los dominios de ultramar, producto de las prácticas jurídicas de la época que tenían fuerza legal reconocidas y aceptadas por la Corona y no aplicables en caso de legislación escrita. En general, el Derecho Colonial fue un Derecho de corte consuetudinario por la gran acogida que se le diera a la costumbre y usos locales, lo que constituyó un verdadero cuerpo positivo, formado natural y espontáneamente al margen y espalda de la legislación.

La legislación de Indias comprendió en general Reales Cédulas, Órdenes, Pragmáticas, Autos, Resoluciones, Sentencias y Cartas, referentes al derecho público y privado que como dice nuestro antecesor, antes de cumplirse medio siglo de iniciada la legislación Indiana, tal fue su profusión y heterogeneidad que soberanos y juristas se preocuparían por recopilarlas y coordinarlas, intento que se formalizaría a partir del siglo XVI y se materializaría en 1680, lo que solo representa una etapa de ella, pues durante tres siglos, se fue renovando sin cesar, por la cantidad de lagunas que se presentaban y donde surgía la necesidad de dictar nuevas providencias. Así por ejemplo se pueden observar la Recopilación de las Leyes de Indias realizadas por encomienda de los Reyes Católicos, de Galíndez de Carvajal y Díaz de Montalvo, éste último que escribiría las Ordenanzas de Castillas que estaría vigente y que se mandarían a aplicar en 1530, subsidiariamente con las Leyes de Indias; en 1567, el Rey Felipe II dictaría la Recopilación de las Leyes Castellanas y en 1579, mandaría a recopilar las Leyes de Indias; en 1680, el Rey Carlos II, promulgaría la "Recopilación de las Leyes de los Reinos de Indias". La compilación de la Leyes de Indias luego de 1624, descansaría en Antonio de León Pinelo, quien reduciría las mismas a poco más de once mil, extraídas de cuatrocientas mil Cédulas Reales, concluyendo su tarea en 1635, recibiendo la aprobación del Consejo. También la Recopilación de Fernando Jiménez Paniagua, uno de los cronistas del Consejo, vería su luz en 1681, que en su versión definitiva contenía aproximadamente seis mil cuatrocientos leyes, distribuido en cuatro libros de extensión muy desigual, dividido en capítulos dentro de los cuales se encontraban agrupados en distintas ordenanzas; esta legislación pronto se tornaría anticuada, lo que daría lugar a que un Decreto de Carlos III dirigido al Consejo de Indias en 1765, encara la posibilidad de una nueva edición revisada de la obra, pero nada se habría realizado hasta 1776, año en el que se nombraría una comisión conformada por dos juristas para preparar un nuevo código, completándose el primer tomo a cargo de Juan Crisóstomo Asótegui, el cual fuera presentado por el Rey al Consejo para su examen en 1780, volviendo al soberano diez años después, con numerosas y necesarias enmiendas de forma, aprobándolo Carlos IV en 1792, pero nunca se publicaría.

En relación al orden de prelación, para 1680 promulgaría el Rey de España la Recopilación de leyes de los Reinos de las Indias, fijándose el orden de prelación de los cuerpos legales en estos territorios, ordenándose que en todos los casos, negocios y pleitos que no estuvieran decididos ni declarados lo que debía preverse por la Recopilación, se aplicarían las "Leyes de Toro", siendo la prelación en el Derecho

Castellano la siguiente: a) El Ordenamiento de Alcalá; b) Los Fueros Municipales; c) El Fuero Real, para el caso de comprobarse su vigencia; d) Las Partidas; y e) La Nueva Recopilación.

6.2. Régimen de las pruebas judiciales durante la codificación, desde 1836 a 1916.

En los puntos anteriores hemos realizado un análisis del sistema legislativo, de la organización jurisdiccional y del régimen de las pruebas que estuvieron vigentes en España antes y durante la Conquista, los que se trasplantarían a nuestras tierras así como la creación y evolución de lo que se denominaría Derecho Indiano, más aún, del "Derecho Colonial", que como indicamos se ubicó en Venezuela con caracteres particulares a partir de 1777, cuando se estableció la entidad política conocida como Capitanía General de Venezuela. En este sentido nos dirá el maestro BELLO LOZANO que […] *Y está señalado en la propia plenitud del Poder Real, ya que el Monarca era dueño y señor de las tierras descubiertas, según las Capitulaciones estipuladas con los descubridores y conquistadores; en las facultades conferidas a la Real Audiencia de Santo Domingo para ejercer la inmediata vigilancia y administración de la vecina tierra firme; en las Capitulaciones con los Beldares; en el testamento del Gobernador Arias de Villacinta, donde se ordenaba a los Alcaldes de los Ayuntamientos de la Provincia, asumir el gobierno a su fallecimiento y en la Cédula de 1560, obtenida por Don Juan de Arrechedera, confirmatoria de la disposición testamentaria de Villacinta. En la Cédula de 1676, por la que el gobierno concedió a los Alcaldes de Caracas, el derecho exclusivo de gobernar las provincias en las vacantes del Gobernador; por la Cédula de 1736, que disputo que en las referidas vacantes, recayera la jurisdicción civil de la Provincia en el Teniente Gobernador, y la militar en el Castellano del Puerto de La Guaira* […] *Se pueden citar, adempas, la Cédula de 1776, que creó la intendencia del Ejército y Real Hacienda; la de 1777, que estableció la Gran Capitanía General de Venezuela; la del 1778, creadora en Caracas del cargo de Teniente del Rey con facultad expresa para asumir el gobierno en las ausencias del Capitán General; y por último, la de 1786, que fundó la Real Audiencia de Caracas. El Derecho Colonial fue estructurando nuestra vida jurídica con caracteres propios, y serían sus normas los primeros fundamentos jurídicos de que echaron manos los hombres de la revolución."*[225]

El estudio del derecho venezolano, conforme a los acontecimientos políticos que se desarrollaron, generalmente se divide en dos grande períodos a saber: el primero que se refirió a la Colonia y que hemos analizado desde la perspectiva que nos interesa; y el segundo referido al período Republicano, que a su vez se escinde en dos etapas; la transitoria que fue desde 1810 hasta 1830, donde la revolución independentista consideraría la necesidad de dictar una nueva legislación conforme a los principios que habían animado el nacimiento del nuevo Estado, que fuera idóneo a la época en que se desarrollaban los acontecimientos, pues precisamente era inconcebible e incompatible la legislación Colonial existente para

---

[225] Humberto BELLO LOZANO. Ob. Cit. pp. 296 y ss.

el momento, al estar inspirada en conceptos filosóficos, políticos, económicos y sociales contrarias al nuevo orden; y la segunda que ya se refiere a la construcción de la codificación que comenzaría en 1840, cuando el Congreso de ese año designaría una Comisión compuesta por los Licenciados Francisco Aranda, Juan José Romero y el Doctor Francisco Díaz, para que prosiguiesen el fracasado intentado de codificación propuesto en 1835.

En lo que respecta al derecho procesal venezolano luego del Derecho Colonial y ubicándose en el período de formación de nuestras leyes, diremos con BELLO LOZANO que durante los siglos que Venezuela constituyó Colonia Ibérica, la legislación aplicable fue la de Castilla –tal como hemos podido ver puntos anteriores- y especialmente las Leyes de Indias. El derecho procesal de la capitanía General de Venezuela, en todo lo relativo a las audiencias, jueces, pleitos, sentencias, abogados, procuradores y escribanos, se ubicó en la Recopilación de Indias, Pragmáticas, Cédulas, Ordenes, Decretos, Ordenanzas Reales ty disposiciones relativas a la materia que aparecían compiladas en la Nueva Recopilación y la Novísima Recopilación, así como en las Siete Partidas.

Pero luego de declarada la Independencia, y según el maestro BREWER CARÍAS, entre las ideas políticas de Bolívar, referida a la organización constitucional de nuestros Estados, estuvo también la Unión de Venezuela con la Nueva Granada y Quito, en lo que habría de denominarse "Gran Colombia", que constitucionalmente se estableció en Leyes Fundamentales de 1819 y 1821, y luego en la Constitución de 1821, sancionada por el Congreso General de Colombia, en Cúcuta, en sesión del 20 de agosto de 1821, mandada a ejecutar por el presidente Simón Bolívar, el 6 de octubre de 1821, que siguió las ideas centralistas de la anterior, dividiendo la República en Departamentos y Provincias, donde se crearía el Poder Judicial, representado por la Alta Corte de Justicia de Colombia, compuesta por cinco miembros o ministros, nombrados por el senado; también se regularía que el Congreso debía establecer en toda la República, las Cortes Superiores necesarias, existiendo igualmente tribunales inferiores, todo a propósito del deber de motivación de las sentencias que reguló el instrumento constitucional y la previsión de tres instancias –Título VI, Sección Primera, artículos 140 y 141, Sección Segunda, artículos 147, 148 y 149; Título VIII, Disposiciones Generales, artículo 171 y 172.-

En materia judicial y su organización, el texto Constitucional de 1821, fue complementada por nuestra primera Ley de Organización Jurisdiccional, del 12 de octubre de 1821, regulatoria de la Alta Corte de Justicia de Colombia, compuesta por cinco ministros, tres jueces y dos fiscales, estando dentro de sus atribuciones el conocer del recurso de nulidad que se interpusiera contra las sentencias dadas en las salas de revista, para el preciso efecto de reponer el proceso, devolviéndole, y hacer efectiva la responsabilidad –artículos 1° y 2.7- recurso que a tenor de lo previsto en el artículo 59 de la Ley, se interpondría en la misma sala, tribunal o juzgado donde se hubiera dado la sentencia, en un lapso de cinco

días siguientes a la notificación de ella; igualmente se regularon las Cortes Superiores en los distritos judiciales, divididos a su vez en tres grandes distritos y conformadas por dos Salas, cuya competencia eran las de conocer en segunda y tercera instancia de las causas civiles y criminales que se les remitieran por los jueces inferiores de su distrito en apelación, de manera que una Sala conocía de la "Vista" y la otra de la "Revista", ello sin perjuicio que en algunos casos tenían competencia para conocer de asuntos en primera y segunda instancia.[226] Luego, como se observa se trató de un sistema llevado en tres instancia, donde contra la sentencia de la "Revista", cabía recurso de nulidad ante la Alta Corte de Justicia, que si bien no se trató como tal del recurso de casación, como puntos coincidentes y posible antecedente de ese recurso, presentaba la nulidad, la reposición mediante la devolución que hacía las veces del reenvió –facultad negativa de nulidad- siendo importante destacar, que bajo el imperio de la Constitución de Cúcuta, había el deber constitucional de motivación de la sentencia, lo que permitía a la Alta Corte de Justicia, no solo a controlar los errores procesales, sino también los errores de juzgamiento.

De esta manera nuestro primer Código de Procedimiento Civil, se presentaría en 1825 bajo la denominación de "Ley sobre Trámites Procesales" que en un solo Código llamado Judicial, contenía dos ordenamientos: el primero relativo a la estructura y organización de los tribunales; y el segundo que se refería al procedimiento civil y penal, desglosado posteriormente en sedas leyes promulgadas en 11 y 13 de mayo de ese mismo año, a lo que se sumaría el hecho que en el año 1826, se dictaría la Ley Orgánica del Poder Judicial y del Procedimiento, redactado por una Comisión de juristas del seño de la gran Colombia. Estas leyes y órganos jurisdiccionales mantendrían su vigencia hasta producirse la separación de la Gran Colombia, pero como consecuencia que la Constitución de 1821, que siguió las orientaciones centralistas de la Constitución de 1819, descartando los principios de un Poder Ejecutivo fuerte como lo expresó Bolívar, lo que debilitó aún mas la República, así como por el hecho de la ausencia de Bolívar en el ejercicio de la Presidencia de la República -por encontrarse comandando los ejércitos del Sur- sumado al desarrollo localista y regional de las autoridades de los Departamentos creados en la nueva República, especialmente en Venezuela, provocó el desconocimiento progresivo de la unidad de la Gran Colombia y de la autoridad del Gobierno de Bogotá, siendo que el caudillismo militar y regional junto a las autoridades municipales, desarrollado por las guerras independentistas y la anarquía personalista, provocaron la destrucción de la Gran Colombia, expulsando al Libertador de Venezuela

De esta manera, el proceso formal de separación definitiva de Venezuela de la Gran Colombia se inicia en 1829, como consecuencia de la circular expedida por el Libertador el 31 de agosto de 1829, confirmada el 16 de octubre de ese año, donde excitaba a los pueblos a manifestar sus opiniones sobre

[226] Ver Tribunal Supremo de Justicia. Memoria Histórico-Normativa. 1811-1999. Recopilación de normativas legales realizado por Moisés HIRSCH BATIST.

la forma de gobierno que debería adoptarse en Colombia, sobre la Constitución que debía adoptar el Congreso y sobre la elección del Jefe de Estado, lo que nos llevaría al hecho histórico del Congreso de Valencia, que reunido en mayo de 1830, se dictaría un Reglamento de Organización Provisional del Estado, conforme al cual, el Poder Ejecutivo se depositaría en una persona denominada Presidente del Estado de Venezuela, teniendo un Consejo de Gobierno. Luego, el Congreso de Valencia el 22 de septiembre de 1830, sancionaría la Constitución, a la cual puso el ejecútese el General Páez, Presidente del Estado, siendo que en fecha 17 de diciembre de 1830, de produce la muerte del Libertador.

Para el año de 1835, se presentaría a las Cámaras legislativas un proyecto de Código de Procedimiento Civil, cuyo autor fuera el señor Rafael AGOSTINI, pero el mismo sería desechado, lo que condujo a que se confiara la misión o encargo de redacción de un nuevo instrumento ritual civil al jurisconsulto Francisco ARANDA, el cual fuera presentado a las Cámaras y promulgado el 12 de mayo de 1836, Código de Procedimiento Judicial que habría de denominarse "Código de Aranda" en homenaje a su redactor. Dice el gran maestro Humberto BELLO LOZANO, que se trataría de un Código escrito en lenguaje claro y preciso, acogido con beneplácito por el hecho de venir a sustituir a las leyes castellanas, plenas de arcaísmo, dilatados lapsos procesales y que permitía a litigantes de mala fe, alargar los pleitos y embrollar aún las cuestiones más sencillas.

Dicho esto y colocándonos en el momentos histórico de las codificaciones, especialmente las referidas al tema procesal, donde precisamente se ubica el tema de los medios de prueba que ahora ocupa nuestra atención, en los puntos que siguen haremos un recorrido por los Códigos de Procedimiento Civil que rigieron en nuestro sistema hasta la actualidad, para analizar cómo fueron tratados el tema de las pruebas y sus medios, lo que igualmente haremos respecto al Código Civil, pues en éstos también hay regulación sobre el tema tratado.

6.2.1. Régimen de las pruebas en el Código de Procedimiento Judicial de 19 de mayo de 1836. (Código de Aranda).

Ya hemos dicho que luego de nuestra Independencia y antes de la separación de la Gran Colombia, entrada la época de la codificación el primer Código de Procedimiento Civil que se produce data de 1825, bajo la denominación de "Ley sobre Trámites Procesales" que en un solo Código llamado Judicial, contenía tanto el ordenamiento referido a la estructura y organización de los tribunales, así como al procedimiento civil y penal, desglosado posteriormente en sedas leyes promulgadas en 11 y 13 de mayo de ese mismo año. Que luego de producirse la separación de la Gran Colombia, se le asignaría al jurisconsulto Francisco ARANDA, la tara de redactar un Código de Procedimiento Civil, el cual fuera

presentado a las Cámaras legislativas y promulgado el 19 de mayo de 1836, Código de Procedimiento Judicial que habría de denominarse "Código de Aranda" en homenaje a su redactor y que derogaría la Ley de 13 de mayo de 1825 sobre Procedimiento Civil y su reforma de 17 de mayo de 1826.[227]

Este Código escrito en lenguaje sencillo, claro y preciso, se caracterizó por la simplificación del procedimiento, eliminado el lento sistema de citaciones y traslados para la comunicación de los actos de procedimiento, exigiendo recibo firmado como prueba de la citación, lo que en el sistema anterior solo exigía la mera declaración del portero o alguacil; la interdicción de condena al rebelde, por el solo hecho de su ausencia o deserción, lo que condujo al establecimiento de la designación de un defensor judicial; fijó el concepto unitario de proceso, desde la demanda hasta la ejecución, sin jurisdicciones, ni pequeños procesos; redujo a escrito todos los actos del proceso, dándole en consecuencia gran precisión al sistema procesal; se adoptó en forma hermética el principio dispositivo.

Al referirse a este Código dice BELLO LOZANO que […] *Pero se puede decir que el Código Arandino marcó el comienzo de nuestra emancipación jurídica, ya que nos desligamos de las leyes y ordenanzas sociales de España, que nos gobernaron mucho tiempo después de haber sido declarada la Independencia.*"[228]

Pero **¿cómo se reguló el sistema de la prueba y sus medios en el Código de Aranda?**

La ley IV titulada "De las pruebas y su término" en su artículo 1 regularía lo referente al lapso de promoción de pruebas, el cual quedará abierto *ope legis* luego de haberse producido la contestación de la demanda y quedado sin efecto la conciliación, por un lapso treinta (30) días, más el término de la distancia en caso de tratarse de medios a evacuarse fuera de la sede del tribunal, imponiéndose a las partes la carga de presentar el interrogatorio escrito dentro de los primeros quince (15) días del lapso de promoción de pruebas, la lista de testigos que utilizarían y de los documentos que fueran a hacerse valer, so pena de no recibirse después, salvo el caso de documentos públicos que podrían presentarse en todo tiempo, antes de la sentencia en primera instancia –artículo 5-.

Se estableció una lista cerrada de los medios de prueba que podían utilizarse en el proceso –sistema tasado de la prueba- civil a saber: a. La confesión judicial y extrajudicial –ésta última comprobada en el proceso- así como las posiciones juradas; b. Documentos públicos y privados; c. Experticia; d. Reconocimiento judicial o vista ocular; e. Informaciones de testigos; y f. El juramento –artículo 6-. Veamos la regulación de cada una de ellas.

a. Confesión.

---

[227] Leyes y Decretos de Venezuela. Biblioteca de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Serie República de Venezuela. N° 1. Caracas, 1982.
[228] Humberto BELLO LOZANO. Ob. cit. p. 340.

Bajo el título "de las posiciones o confesión judicial y de la confesión extrajudicial", fue tratado el tema en cuestión, ubicado en los artículos 7 al 12 ambos inclusive.

La prueba de posiciones juradas tal como está regulado hoy día, se previó como un interrogatorio verbal donde el absolvente –todo sujeto que fuera parte en el proceso- estaba en la obligación de contestar bajo juramento las posiciones que la otra parte le hiciere en el tribunal y en caso de reconocimiento o acepción de un hecho contrario al interés del confesante se consideraba como plena prueba sin necesidad de otra.

Las preguntas debían ser pertinentes y las respuestas no podían ser ambiguas ni evasivas, debiendo ser directas y categóricas confesando o negando la parte cada pregunta, teniéndose por confeso a quien no respondiera en la forma señalada, o que citado al efecto no concurriere al tribunal.

En cuanto a la oportunidad procesal de las posiciones juradas, estas podían hacerse en todo tiempo desde el día de la contestación de la demanda, antes o después de ella, hasta el día de la sentencia, antes que se pronuncie, todo lo que quedaría inserto en un acto que debía levantarse al efecto.

Se previó la posibilidad de comisión del medio de prueba, en caso de imposibilidad o impedimento legítimo o ausencia de la parte.

Por último y en cuanto a la confesión extrajudicial, demostrada esta en el proceso a través de documentos suficientes o por dos testigos contestes intachablemente, haría fe y plena prueba sin necesidad de otra.

b. Documentos.

El tema del medio de prueba documental estuvo contenido en los artículos que van desde el 13 al 16, ambos inclusive, regulándose que los mismos –documentos- podían ser públicos o privados, los primeros otorgados ante un escribano u otro empleado público competente, los actos de los tribunales y demás actos de los funcionarios públicos, así como sus traslados, copias o testimonios, extendiéndose incluso hasta los actos legalizados en la forma prescrita por el derecho; en tanto que los privados podían ser de cualquier especie realizados por las partes o personas particulares, como vales, obligaciones, libros de cuenta, correspondencia epistolar.

Respecto al valor probatorio, los documentos públicos hacían plena prueba, como igualmente pasaba en los privados, cuando hubieran sido suscritos en presencia de dos testigos por la persona que apareciera obligándose, siempre que dichos testigos fueran ratificados en juicio bajo juramento. Tal situación igualmente operaba en caso que el documento privado no hubiese podido ser suscrito por el obligado, a causa de no saber firmar, siempre que un tercer testigo lo hubiese firmado a su nombre –firma a ruego- delante de los otros dos, todo en el entendido que si el testigo que apareciere firmando

por la persona obligada negara el hecho, sería necesario que el testimonio de tres en lugar de los dos que bastaran cuando aquel no contradijera o negara el hecho.

Respecto a los libros de cuentas podían servir como medio de prueba, pero nunca harían fe sino contra la parte de quien emanara o perteneciera, si las partidas no estuvieran corroboradas por otros documentos o dos testigos idóneos.

Por último se reguló que no se admitirían exposiciones extrajudiciales de los testigos, ni certificaciones o justificaciones anticipadas, a menos que los que hubieran firmado o certificado, comparecieran y confirmaran pública y judicialmente la verdad de su contenido, caso en los cuales la contraparte podía hacer repreguntas, todo salvo aquellas declaraciones o justificaciones evacuadas con citación de la parte contraria por causa de ausencia próxima de los testigos o personas que debían darla, así como por demora maliciosa del actor en promover su demanda.

c. Experticia.

Regulado en los artículos que van desde el 17 al 25, ambos inclusive, se previó que el juicio de expertos solo podía tener lugar sobre puntos hecho, cuando lo determinara el tribunal de oficio o a petición de parte, caso este último donde cada parte designaría dentro de los tres (3) días siguientes su experto ante el secretario del tribunal y en caso de discordancia estos nombrarían al tercero, más de no haber acuerdo en esta designación, lo haría el tribunal, todo sin perjuicio de la posibilidad de convenir en un solo experto.

Dentro de las veinticuatro (24) horas de la designación de los expertos, estos deberían prestar el juramento de ley ante el juez de la causa o ante el que éste designare. Se reguló la posibilidad de recusar al experto, pero solo el designado por la otra parte, pues había interdicción de la propia parte de recusar su experto.

Una vez que los expertos eran juramentos, debían comenzar a desempeñar su cargo dentro de los seis (6) días siguientes, con vista a los documentos y piezas que debían tener presente, sin perjuicio que por petición de parte, tenían la obligación de señalar el día en que debían reunirse, todo para lo cual contaban con un lapso de quince (15) días más el término de la distancia.

Los expertos tenían la obligación de emitir su juicio por escrito, suscribiéndola ante el juez de la causa o el comisionado y en caso de discordia, cada uno tenía que exponer las razones de su opinión, y el caso sería consultado a un tercero quien igualmente estaba obligado a exponer razonadamente su opinión.

Por último y respecto al valor probatorio de la experticia, el dictamen de los expertos era vinculante para el juez, siempre que estuvieren acordes con los puntos de hechos sujetos a la decisión –congruencia con el tema debatido- siendo igualmente vinculante el juicio de valor del tercero de los

expertos consultado ante la disconformidad o discordancia de los expertos originarios, siempre que concurriere con uno de ellos.

d. Inspección.

Bajo la denominación "Reconocimiento judicial o vista ocular" el tema fue tratado en los artículos 26 al 28, ambos inclusive, estableciéndose que el juez a pedimento de parte o de oficio, podía acordar el reconocimiento ocular, trasladándose al lugar en que hubieran ocurrido los hechos de que se tratara, o donde se encontrara la cosa litigiosa, para imponerse –dejar constancia- de aquellas circunstancias que no podían ser acreditados de otra manera –medio de prueba subsidiario ante la imposibilidad de acreditar los hechos con otros medios probatorios-.

A la práctica del reconocimiento acudirían el juez de la causa, el comisionado y su secretario, con la posibilidad de la designación de uno o dos prácticos cuando fuera necesario, así como las partes y sus apoderados, procediéndose a dejar constancia de los hechos y levantándose un acta al efecto que debían suscribir todos los presentes.

e. Testimonial.

Contenido en los artículo 29 al 47, ambos inclusive, se reguló el tema de las inhabilidades de los sujetos que no podía ser o fungir como testigos, tales como los furiosos, dementes o mentecatos, menores de quince años, los jugadores profesionales, los ebrios, los vagos, deudores fraudulentos y mientras no obtuvieran rehabilitación, los que hubieran sufrido una pena infamante –inhabilidades absolutas-; también y respecto a las inhabilidades relativas se previó que no podían ser testigos los magistrados en la causa en que estuvieran conociendo, el abogado y el apoderado por la parte a quien representara, el vendedor por causas de evicción sobre la cosa vendida, los socios por asuntos pertenecientes a la sociedad, el heredero presunto, el donataria, el amigo íntimo a favor de aquellos con quienes le comprobaran esas relaciones, así como el enemigo. Se previó que nadie podía ser testigo en su favor y en su propia causa, ni contra ascendientes, descendientes y cónyuge, tampoco el esclavo podía declarar contra su amo o en su favor, el sirviente doméstico podía ser testigo contra aquel que lo tuviera a su servicio, pero no en su favor. Respecto a la inhabilidad relativa por parentesco de consanguinidad y afinidad, se previó que los primeros llegaban hasta el cuarto grado de consanguinidad y los segundos hasta el segundo grado de consanguinidad, salvo que fuera a probarse el parentesco o la edad en los cuales podían ser testigos los parientes, fueran ascendientes o descendientes.

Se reguló que la persona del testigo podía ser rechazada –tachada- dentro de los veinte (20) primeros días del lapso probatorio, pero su dicho podía serlo luego de dicho lapso y aunque la persona

del testigo fuera tachado, no por ello dejaría de tomarse por escrito su declaración si la parte insistiera en ello.

Se reguló el instituto del juramento del testigo antes de tomarle la declaración, así como las denominadas generales de ley, su identificación, si es pariente o amigo de alguna de las partes, siervo o doméstico.

Los testigos serían examinados en público uno a uno, bien por el juez de la causa o por el comisionado, según el interrogatorio que fuera presentado y luego se permitiría el contrainterrogatorio o repreguntas de la otra parte, referido a los hechos contenidios en el interrogatorio o otros hechos pertinentes que permitieran invalidar lo dicho por el testigo. Las preguntas y repreguntas debían ser pertinentes conforme a los hechos que querían probarse y que fueran controvertidos, inadmitiéndose preguntas que no tuvieran directa o indirectamente a calificar la "acción" del demandante o la excepción del demandado y el juez podía interrogar al testigo.

En caso de faltar el testigo, la parte a quien correspondiera podía pedir verbalmente que se volviera a citar al mismo para otro día que el tribunal señalara con arreglo a la distancia.

Se previó que el testigo no podía leer ningún papel o escrito para contestar, debiendo hacerlo en forma verbal por sí solo a todas las preguntas que se le hiciera, sin perjuicio que le tribunal, oídas las partes, permitiera que consultara sus notas cuando se tratara de cantidades, o en otros casos de difíciles o complicados, conforme lo estimara la prudencia del tribunal.

f. Juramento.

Fue regulado en el artículo 48 conforme al cual, en defecto de prueba o resultando de ellas algún hecho dudoso, podría la parte a quien interesara la prueba, deferir en el juramento de la contraria, sin que fuera permitido posteriormente realizar ninguna otra diligencia probatoria, salvo que la parte contraria rehusara prestar el juramento, en todo caso y prestado el juramento, la decisión se tomaría con arreglo a él, expidiéndose en el mismo acto.

Interesa destacar que en el Título IX denominado "LEY UNICA. DISPOSICIONES COMUNES- en su artículo 14 se previó la carga que tenían las partes de aportar con la demanda los documentos fundamentales, con la indicación que en caso de no poderse presentar, debía hacerse la mención con la individualidad posible sobre lo que de ellos resultara así como del archivo, oficina pública u otro lugar en donde se encontrare el original, con la advertencia con luego no le serían admitidos, salvo que fueran de fecha posterior a la demanda, y bajo juramento si fuere de fecha anterior, de no haber podido obtenerlo.

6.2.2. Régimen de las pruebas en el Código de Procedimiento Judicial de 3 de mayo de 1838.

El Código de de Procedimiento Civil de 3 de mayo de 1838, reformaría en parte al Código de Aranda, más en lo tocante a la cuestión del tratamiento de los medios de prueba, no habría modificación alguna, manteniéndose en consecuencia vigente la LEY IV referida a las pruebas y su término. También y respecto al tema de los documentos fundamentales, se mantuvo la misma redacción respecto a la Ley anteriores, pero ahora estaría contenido en el mismo artículo 14, pero del TÍTULO XI denominado "Disposiciones comunes".

6.2.3. Régimen de las pruebas en el Código de Procedimiento Civil de 2 marzo de 1863. (Código de Páez).

El Código de Procedimiento Civil de 1838, sería ahora derogado o reformado por el Código de Procedimiento Civil de 2 de marzo de 1863, llamado Código de Páez, el cual aunque se imprimió, no sería comunicado a toda la República parta su ejecución,[229] pero que con respecto al tema de las pruebas, dispondría de sendos capítulos referidos al tema.

6.2.4. Régimen de las pruebas en el Código de Procedimiento Civil de 20 de febrero de 1873.

El Código de Procedimiento Civil de 20 de febrero de 1873, que comenzó a regir a partir del 5 de julio del mismo año, es promulgado por el Presidente provisional de la República y General en Jefe de sus Ejércitos Antonio Guzmán Blanco, conteniendo dentro de las normas que nos interesan para este trabajo el tema del momento de la prueba en el TÍTULO II, denominado "Pruebas y sus términos", previendo en su artículo 199 que el lapso de promoción de pruebas sería de treinta (30) días, el cual quedará abierto *ope legis* luego de haberse producido la contestación de la demanda y quedado sin efecto la conciliación, más el término de la distancia en caso de tratarse de medios a evacuarse fuera de la sede del tribunal.

Conforme al artículo 203 los medios de prueba admisibles serían los determinados en el Código Civil, además del reconocimiento judicial o vista ocular, de manera que observamos que ahora y respecto a los medios probatorios, el legislador hace remisión al Código Civil; por su parte y respecto a la admisibilidad de pruebas, incluso, respecto a su valoración, el artículo 204 prevería que los jueces desecharían las pruebas que aparecieran manifiestamente impertinentes.

Respecto a los medios de prueba tenemos:

---

[229] Ver Leyes y Decretos de Venezuela. Biblioteca de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Serie República de Venezuela. N° 4. Caracas, 1982.

a. Confesión.

Contenida en el artículo 205 y bajo el título ahora de "De la confesión- se previó la fórmula de las posiciones juradas estableciéndose que quien fuera parte en juicio estaría obligado a contestar bajo juramento, desde el día de la contestación de la demanda, antes o después de ella, hasta aquel en que terminen los últimos informes para la sentencia definitiva, las posiciones que hiciera la parte contraria sobre hechos pertinentes de que tuviera conocimiento.

Se regula la posibilidad que el apoderado absuelva posiciones juradas respecto a los hechos que le consten y que estén relacionados con el pleito, a menos que sean aquellos respecto de los cuales estuviere obligado a guardar silencio –artículo 206-.

La fórmula de las posiciones debía hacerse en forma asertiva y verbal –artículos 208 y 209- siendo que las respuestas también en forma verbal, debían ser directas y categóricas confesando o negando la posición, teniéndose por confeso a quien no respondiera en forma terminante, pero si la posición versara sobre el tenor de algún documento público que existiere, la contestación podría referirse a ellos; si se tratara de hechos que hubiesen ocurrido mucho tiempo atrás o que por su naturaleza fuera probable el olvido, el juez estimaría las circunstancias si la parte no diere una contestación categórica.

El absolvente no podía leer ningún papel para dar contestación, a no ser que se tratare de cantidades de dinero u otros asuntos complicados a juicio del tribunal, caso en el que permitiría la consulta de apuntes, papeles, dándole un tiempo prudencial para ello si fuere necesario –artículo 211—

Se regula que la citación para las posiciones juradas debía hacerse personalmente –artículo 212-.

Por último y conforme al artículo 207, se tendría por confesa en las posiciones que la parte contraria hiciera legalmente en presencia del tribunal, aquellas que citado personalmente el absolvente no compareciera sin motivo legítimo, en las que perjurare al contestarlas respecto a los hechos a que se refiere la posición, estableciéndose que la mujer honesta no podía ser obligada a concurrir al tribunal a contestar posiciones juradas.

b. Documentos.

En el artículo 224 se regula lo referente a los documentos fundamentales en los que se pretenda basar la pretensión del accionante, que deberán aportarse junto a la demanda o en su defecto señalar el lugar u oficina donde se encuentren, sin que se le admitan después a no ser que fueran de fecha posterior a la demanda o que aparezcan, sin son anteriores a la misma que no tenían conocimiento de ellos, de manera que se ve un poco más tecnificado el tratamiento del asunto.

Los documentos privados no fundamentales como medio probatorio deberán ser propuestos por las partes dentro de los primeros quince (15) días del lapso probatorio, so pena de no recibirse posteriormente; en tanto que los públicos podrán presentarse en cualquier momento antes de la sentencia,

sin perjuicio de la precitada regulación respecto a los de carácter fundamental que debía aportarse al libelo de la demanda –artículos 214 y 215-. Se regula el tema del cotejo para el caso de desconocimiento de documentos privados, la cual se practicaría con su comparación –o cotejo- con otras firmas auténticas de la misma persona a quién se le oponía el documento, todo conforme al procedimiento de experticia contenido en los artículos 217 y siguientes.

c. Experticia.

Este medio probatorio se encuentra regulado en el precitado artículo 217 y siguientes, estableciéndose que la prueba sólo tendría lugar sobre puntos de hecho, cuando lo determinara el tribunal de oficio o a petición de parte, caso en el cual y dentro de los tres (3) días siguientes a ser acordada la experticia, se procedería al nombramiento de expertos conforme a lo regulado en el Código Civil, quienes tendrían que juramentarse ante el tribunal de la causa dentro de las veinticuatro (24) horas de su designación de los expertos –artículos 218 y 219-.

Se estableció el deber para los expertos de actuar en una sola diligencia, previéndose el derecho de las partes de concurrir al acto para hacer las observaciones que creyeran convenientes, debiéndose retirar para que los expertos deliberaran.

También hubo previsión respecto al tiempo en que los expertos deberían realizar su labor, a cuyo efecto el artículo 222 establecería que en el mismo acto de juramentación de los expertos –aceptación y juramentación como lo indica expresamente la norma- el juez fijaría un lapso dentro del cual debería presentarse el dictamen pericial, que no podría exceder de quince (15) días más el término de la distancia si fuere el caso, so pena de incurrir en una multa.

Por último se previó el caso de falta absoluta de los expertos y la posibilidad de su recusación –artículos 222 y 223-.

d. Inspección.

Bajo la denominación "Reconocimiento judicial" el tema fue tratado en los artículos 224 y siguientes, estableciéndose que el juez a pedimento de parte o de oficio, podía acordar el reconocimiento ocular, trasladándose al lugar en que hubieran ocurrido los hechos de que se tratara, o donde se encontrara la cosa litigiosa, para imponerse –dejar constancia- de aquellas circunstancias que no podían ser acreditados de otra manera –medio de prueba subsidiario ante la imposibilidad de acreditar los hechos con otros medios probatorios-.

A la práctica del reconocimiento acudirían el juez de la causa, el comisionado y su secretario, con la posibilidad de la designación de uno o dos prácticos –cuya función se limitaría a realizar al juez las indicaciones que éste creyere necesarias para la mejor práctica de la diligencia, todo conforme a lo previsto

en el artículo 227- cuando fuera necesario, así como las partes y sus apoderados, procediéndose a dejar constancia de los hechos y levantándose un acta al efecto que debían suscribir todos los presentes.

Se previó en el artículo 226 que las partes, sus apoderados o defensores tendrían el derecho de hacerle al juez las observaciones de palabra que a bien tuvieren, las cuales serían insertadas en el acta; también y conforme al artículo 227, el juez realizaría su labor extendiendo una relación de lo practicado sin avanzar opinión sobre la cuestión principal

e. Testimonial.

Contenido en los artículos 229 al 249, ambos inclusive, se reguló la carga que tenían las partes dentro de los primeros quince (15) días del lapso de probatorio, de presentar la lista de testigos que pensaban hacer valer, expresando el domicilio y residencia de cada uno y debiendo acompañar el interrogatorio por el cual deban ser examinados, so pena de no ser admitida posteriormente dicho medio de prueba; respecto a los interrogatorios que debían proponerse o acompañarse, no podían tener preguntas que no tendieran directa o indirectamente a calificar la acción del demandante o la excepción del demandado –artículo 229-.

Se previó que para el acto de testigos, el juez debía fijarlo con por lo menos un una audiencia de anticipación a su verificación –artículo 230-.

Se previó la posibilidad de la comisión de la prueba testimonial, con indicación de la forma como debía realizarse tal actividad, vale decir, que las declaraciones se tomarían en público, separando cada uno de los testigos, comenzándose con el interrogatorio del proponente, para continuar con el contrainterrogatorio a través de repreguntas escritas u orales que hiciera la contraparte sobre hechos contenidos en el interrogatorio u otros que tendieran a invalidar su dicho –artículo 231-.

Respecto al juramento el artículo 232 estableció que debía tomarse antes de contestar el interrogatorio, tomando en consideración elementos religiosos o cualquier creencia que se profesara, así como las denominadas generales de ley, su identificación, nombre, apellido, edad, estado civil, profesión, domicilio y si tenía algún impedimento para declarar, todo en los términos previstos en el Código Civil.

Se previó la posibilidad que la declaración del testigo, si el juez lo considerara pertinente, podría hacerse en el lugar a que se han referido sus deposiciones –artículo 236- sin perjuicio que también el judicante podría trasladarse a la morada del testigo para que allí fuera examinado, siempre que así fuera ordenado por lo menos un día antes de la audiencia del testigo –artículo 237-.

Los artículos 238 y 239 regularon lo referente al acta de la declaración, la cual luego de terminado el acto sería leída al testigo para que este manifestara su conformidad o no, así como las observaciones que a bien tuviere, para concluir con las respectiva firma. El acta debía contener la indicación del día del examen del testigo, la mención de haberse llenado los requisitos legales previstos en el artículo 232, esto

es, el juramento y la preguntas referidas a las generales de ley, las contestaciones que haya dado al interrogatorio, las repreguntas y sus respuestas, así como aquellas realizadas por el tribunal y sus respuestas, la constancia de si el testigo habría o no pedido indemnización y en el primero de los casos la suma acordada, la constancia de haberse dado lectura al acta y la conformidad o no del testigo, así como las observaciones que hubiese hecho, la firma del juez, secretario, del testigo, intérpretes –de ser el caso- las partes y sus apoderados.

No hubo previsión de causas de inhabilidades absolutas o relativas respecto a la persona del testigo, aunque sí respecto a la posibilidad de tachar al testigo, lo que tendría que hacerse dentro de los veinte (20) primeros días del lapso probatorio, debiéndose probar en el resto del lapso probatorio, y no por ello dejaría de tomarse por su declaración si la parte insistiera en ello. No podría la parte proponente tachar a su propio testigo, salvo casos de soborno, en cuyo caso el testimonio carecería de validez respecto a lo que favoreciera a la parte sobornadora –artículos 246 y 247-.

Conforme al artículo 245 el testigo no podría leer ningún papel o escrito, debiendo contestar en forma verbal por sí solo las preguntas que se le hiciere; no obstante luego de oídas a las partes, podría el tribunal permitir que el testigo consultara algunas notas cuando se tratare de cantidades de dinero, así en casos difíciles o complicados según la prudencia del tribunal.

Por último conseguimos que el artículo 249 establecería que el juez desecharía el testimonio del testigo inhábil o que se hubiera contradicho, así como aquel que no hubiere dicho la verdad, conforme a la constatación o demostración con cualquier otra prueba, debiendo en todo caso expresar el fundamento de la apreciación.

f. Juramento.

Respecto al juramento no fue previsto en este Código de Procedimiento Civil.

6.2.5. Régimen de las pruebas en el Código de Procedimiento Civil de 10 de diciembre de 1880.

El 10 de diciembre de 1880, es promulgado por el Presidente Antonio Guzmán Blanco "Ilustre Pacificador, Regenerador y Presidente de los Estados Unidos de Venezuela", el Código de Procedimiento Civil, que respecto al tema de la prueba y los medios de prueba se encontró regulado el TÍTULO SEGUNDO, a lo largo de los artículos que van desde el 202 al 254 ambos inclusive. Este nuevo instrumento procesal en cuanto a la materia tratada, no produjo modificación alguna, con la sola excepción de la inclusión de una regulación respecto a la apreciación de los medios de pruebas, contenido en el artículo 208 que estableció lo siguiente: […] *No podrá desecharse como prueba ni como principio de prueba por escrito, ningún documento ó papel aunque las especies en dinero que en él se expresen no estuviese indicadas en bolívares*".

6.2.6. Régimen de las pruebas en el Código de Procedimiento Civil de 14 de mayo de 1897.

El 14 de mayo de 1897 y producto de la Comisión de Reforma integrada por los doctores CADENAS, DELGADO, MICHELENA, FEO, DOMINICI, ZARRAGA, BRUZUAL SERRA, FEBRES CORDERO y Ángel F. GRISANTI,[230] se promulga el Código de Procedimiento Civil, incorporando en materia de prueba y medios de prueba normas novedosas no ubicadas en Códigos anteriores, tal y como lo expondremos de seguida.

Comencemos diciendo que el tema de las pruebas fue ubicado en el TÍTULO II, SECCIÓN 1ª, denominada "Apertura del término probatorio", donde por primera vez se regula la posibilidad de supresión del lapso probatorio en el artículo 287, con la infeliz expresión […] *á menos que por deberse decidir el asunto sin pruebas, el Juez lo declare así, dentro de veinte y cuatro horas después de dicho acto.*" Los denominados "juicios de derecho" o procedimiento con supresión del lapso probatorio serían por las causas contenidas en el artículo 288, esto es, cuando el punto sobre el cual versare la demanda apareciera, así por ésta como por la contestación, ser de mero derecho; cuando el demandado hubiera aceptado expresamente los hechos narrados en el libelo y hubiere contradicho solamente el derecho; cuando las partes de común acuerdo convinieran en ello, o bien cada una por separado pidiera que el asunto se decidiera como de mero derecho, o sólo con los elementos de prueba que obraren ya en autos, o con los documentos que presentaren hasta informes; y por último cuando la ley estableciera que sólo era admisible la prueba de documentos, la cual en tal caso, debía presentarse hasta el acto de informes. Observamos de esta manera que se trata de una redacción idéntica a la que aparece en el actual Código de Procedimiento Civil.

En cuanto al trámite de los procedimiento que no requieren de apertura del lapso probatorio, su tratamiento es idéntico al contenido en el actual Código de Procedimiento Civil, vale decir, conforme al contendido del artículo 289 del Código de Procedimiento Civil de 1897, el auto del tribunal por el cual se declarara que no se abriría la causa a pruebas, fundado en cualquier motivo salvo acuerdo entre las partes, sería apelable libremente, pero respecto al tercero que recurriera se oiría la apelación en un solo efecto; ejecutoriado el auto en cuestión se procedería a la vista de la causa dentro de los seis (6) días siguientes a la ejecutoria.

El lapso probatorio conforme al contenido del artículo 291, sería de diez (10) audiencia para promover y veinte (20) para evacuar, sin perjuicio del término de distancia según se tratare.

---

[230] Ver Tomás Enrique CARRILLO BATALLA. Ob. Cit. Vol. II. P. 133. Ver igualmente a Arminio BORGAS. Comentarios al Código de Procedimiento Civil. Vol. I. Colección clásicos del derecho. Editorial Atenea. Caracas, 2007.

Se incluiría una norma interesante conforme a la cual […] *La mujer honesta no será obligada á concurrir al tribunal para ningún acto de pruebas."* –artículo 297-.

Siguiendo con el estudio que nos ocupa, toca el turno de los medios de prueba que fue ubicado en la SECCIÓN 2ª titulada "De los medios de prueba y de la promoción", donde se expresaría que los medios de prueba admisibles serían únicamente los contenidos en el Código Civil y el lapso para su proposición sería dentro de las primeras diez (10) audiencias del termino probatorio, donde las partes tendrían que promover todas aquellas que fueran a utilizar, a excepción de la confesión, experticia y reconocimiento judicial, que podrían promoverse en todo el curso del lapso probatorio, antes de su conclusión, salvo disposición especial contenida en la ley –artículos 298 y 299-.

Se previó un lapso de oposición a las pruebas, contenido en el artículo 301 que señalaría, que dentro de la tercera audiencia después de la promoción cada parte debería expresar si contradicen los hechos que tratara de probar su contraparte con los interrogatorios, o si conviniere en alguno o algunos de esos hechos, determinándolos con claridad a fin de que el juez pudiera determinar con precisión los hechos en que estuvieran de acuerdo y aquellos que estuvieran divergentes, en el entendido que si alguna de las partes no cumpliere con esta formalidad en el tiempo procesal fijado, se considerarán como contradicho los hechos.

También se previó un lapso de tres audiencias para que el tribunal providenciara las pruebas, todo conforme al contenido del artículo 302 que señalaría […] *Dentro de tercera audiencia, después de la promoción, si no hubiera de hacerse prueba de testigos, el Juez providenciará los escritos de prueba, admitiendo todas las que sean legales y procedentes, y desechando las que aparezcan manifiestamente impertinentes o ilegales. Si se hubiere promovido prueba de testigos, la providencia se librará por el juez, dentro de la tercera audiencia, después de pasado el término fijado en el artículo anterior, siguiendo las reglas establecidas en este artículo para admitirlas o desecharlas, así como las del Código Civil sobre admisibilidad de tal prueba, y ordenando además que se emitan las declaraciones sobre aquellos puntos en que aparezcan claramente convenidas las partes*."

Se reguló el caso de la falta de providenciación de las pruebas, que conforme al artículo 303 […] *Si el juez no providenciare los escritos de prueba dentro de los términos que se le señalan en el artículo anterior, incurrirá en una multa disciplinaria de cien a mil bolívares, que la impondrá el superior, de acuerdo con el artículo 37; y si no hubiere discusión entre las partes sobre admisión, éstas tendrán derecho a que se proceda a la evacuación de las pruebas aún sin providencia de admisión. Si hubiere oposición sobre la admisión de alguna prueba, esta no se procederá a evacuar sin la correspondiente providencia, y el Juez incurrirá en una multa igual a la que expresa este artículo por cada día que retarde providenciarlas*."

Conforme al artículo 304 el lapso de evacuación de pruebas sería de veinte (20) días, computados luego de admitidas las pruebas o dadas por admitidas, con la regulación del caso de medios de prueba

que debieran ser evacuados fuera de la sede del tribunal, donde se contaría primero el término d la distancia de ida, luego el lapso de evacuación o el tiempo que del mismo faltare y finalmente el término de vuelta.

Se incorporó la recurribilidad de la providenciación de las pruebas, que conforme al artículo 305 […] *De toda negativa de prueba habrá lugar a apelación en ambos efectos; de la admisión sólo en un efecto; salvo disposición especial de la ley*."

Analizando cada uno de los medios de prueba, veremos las modificaciones que se incluyeron en este nuevo texto legal.

a. Confesión.

En este tema por lo general se siguió con el mismo tenor del Código anterior, con la única inclusión respecto a los hechos sobre los cuales recaería la prueba, expresándose en esta ocasión y conforme al contenido del artículo 306, que debería ser o versar sobre hechos pertinentes de que tuviera "conocimiento" el confesante, expresión que no se ubica en los Códigos anteriores.

b. Juramento.

Se incorpora en la SECCIÓN 4ª, con el título "Del juramento decisorio", que conforme al contenido del artículo 315, podría deferirse en cualquier estado o grado de la causa, en toda especie de juicio civil, con solo las excepciones contenidas en el Código Civil, salvo disposiciones especiales, a cuyo efecto quien defiriera el juramento tendría el deber de proponer la fórmula, la cual debía ser breve, clara, precisa y comprensiva del hecho o los hechos, o del conocimiento de éstos, de que las partes hicieran depender la decisión del asunto.

Conforme al contenido del artículo 316, si la fórmula fuera objeta por la parte a quien se defiriera el juramento, el juez podría modificarla de manera que se ajustara a los requisitos exigidos, lo que se haría en el mismo decreto de la admisión del juramento, decreto que sería apelable en ambos efectos, así en cuanto a la admisión o no, como en cuanto a la modificación de la fórmula, de modo que ésta quedara definitivamente establecida por la decisión.

El juramento deferido podía ser referido en los términos contenidos en el Código Civil –artículo 317- y decidida definitivamente la prestación del juramento deferido o referido, el juez tendría que fijar el día y la hora para el acto, ordenando previamente la citación personal de quien tenía que prestarlo –artículo 318-.

Conforme al contenido del artículo 319, si la parte citada no se presentare en el día y hora fijados, se entendería que rehusaba prestar el juramento, salvo que justificara impedimento legítimo, caso en el cual se aplazaría el acto para cuando hubiere cesado el impedimento, para el cual se fijaría una nueva oportunidad sin necesidad de citación. Ya en el acto de la prestación del juramento, conforme a lo previsto

en el artículo 320, la persona que debía prestarlo tendría que hacerlo en acto público, observando los ritos de la religión que profesara y circunscribiéndose en su contestación a los términos estrictos de la fórmula establecida, sin razonamiento, objeciones, ni digresiones, con la advertencia que si requerido por el juez a ceñirse en su prestación a la fórmula no lo hiciere, se consideraría que había rehusado el juramento; pero también si el que debía prestar el juramento no lo hiciere por alegar que no profesaba ninguna religión, se le admitiría el juramento por su honor y su conciencia y si aún no lo prestare, se tendría como si lo hubiese rehusado.

En los términos del artículo 321, no podría deferirse el juramento sino dentro del lapso fijado para las posiciones juradas en el artículo 306, esto es, desde el día de la litiscontestación, después de ella hasta el momento de comenzar los informes de las partes para la sentencia.

Como podrá observarse el contenido del articulado referido al juramento decisorio como medio de prueba, es idéntico al de nuestro actual Código de Procedimiento Civil.

c. Documentos.

Del contenido de las normas que regularon este medio probatorio, observamos una tecnificación en su redacción, muy similar a la contenida en el actual Código de Procedimiento Civil, tal como se desprende del contenido del artículo 324 referido al momento de producción de la prueba documental al proceso que reguló […] *Si el demandante no ha acompañado á su demanda con los documentos en que funda su acción, no se le admitirán después, á menos que haya designado en el libelo la oficina ó el lugar donde se encuentren, ó sean de fecha posterior, ó que aparezca, si son anteriores, que no tuvo conocimiento de ellos. En todos estos casos de excepción, si los documentos son privados, y en cualquier otro, siendo de esta especie, deberán presentarse con el escrito de promoción, ó o anunciarse en él de donde deban compulsarse, y pedir su reconocimiento, confrontación o cotejo*."

Conforme al artículo 325, los documentos privadas, cartas o telegramas provenientes de la parte contraria, deberían ser admitidos o tachados dentro del plazo fijado en el Código Civil, sin lo cual se tendrían como verdaderos en su contenido y firma; y en los términos del artículo 326, cuando tuviera que practicarse el cotejo de firmas, se haría con la comparación de aquellas firmas con otra auténtica de la misma persona, por medio de los expertos designados al efecto.

En cuanto a la oportunidad procesal para la producción de los documentos públicos, el artículo 327 previó que podían aportarse en todo tiempo hasta los últimos informes.

Como tema novedoso se incluyó en el Código de Procedimiento Civil una sección referida a la tacha de documentos, con características similares a las contenidas en el Código actual –artículos 328 al 333.

d. Experticia.

Se tecnifica la redacción de las normas pertinentes, incorporándose la especialidad respecto a los expertos, que conforme al contenido del artículo 335, el nombramiento de los expertos bien que fuera hecho por las partes o por el tribunal, debía recaer sobre personas que por su profesión, industria o arte, tuvieran conocimiento respecto a la materia que se tratara la experticia, en el entendido que ante la falta de tales condiciones, la parte a quien interesara podía pedir la sustitución del experto por otro que tuviera los precitados conocimientos; en lo tocante a los demás aspectos del medio de prueba, la redacción quedó inalterada respecto al Código anterior.

e. Inspección.

No hubo modificación alguna respecto al Código anterior.

f. Testimonial.

En esta materia, la única inclusión respecto al Código anterior lo fue respecto a las personas exceptuadas de comparecer al tribunal a declarar como testigos, que conforme al contenido del artículo 358, el encargado del Ejecutivo Nacional y sus Ministros, los Miembros del Consejo Federal Legislativos, los vocales de la Alta Corte Federal y de la Corte de Casación, los Ministros de las Cortes Supremas y Superiores, los Arzobispos, Obispos, Provisores, Vicarias Capitulares, Presidentes de los Estados, Gobernadores de Secciones y del Distrito Federal, los jueces de Primera Instancia en lo Civil y Criminal, los jueces de Comercio, Jefes Militares con mando de armas, Senadores y Diputados al Congrego Nacional durante el tiempo de inmunidad y los miembros y empleados de las Legislaciones Extranjeras, no tenían la obligación de acudir al tribunal a rendir declaración, casos excepcionales donde las partes podían pedir que las personas exceptuadas que contestaran la certificación enviada por el secretario sobre los puntos del interrogatorio, así como sobre las preguntas escritas que enviaran las partes, sin perjuicio que el tribunal se constituyera en la morada del testigo para tomarle la declaración, debiendo responder a las preguntas verbales que le hicieren las partes.

6.2.7. Régimen de las pruebas en el Código de Procedimiento Civil de 18 de abril de 1904.

El Código de Procedimiento Civil de 18 de abril de 1904, no tuvo mayores modificaciones respecto al Código anterior, salvo la inclusión dentro de los medios de prueba utilizables por las partes, de la exhibición de la cosa o del documento en los términos indicados en el artículo 299 a saber […] *Puede también pedirse la exhibición de la cosa ó del documento que sean objeto de la acción ó que fueren necesarios para hacer una prueba conducente. En uno y otro caso el poseedor puede ser obligado á exhibirlos, para lo cual estimará el juez las circunstancias; todo sin perjuicio de disposiciones especiales."*

Por lo demás todo quedó igual respecto al Código derogado.

6.2.8. Regimen delas Pruebas en el Código de Procedimiento Civil de 4 de julio de 1916.

El Código de Procedimiento Civil de 4 de julio de 1916, expresaría el doctor Arminio BORGAS al compararlo con el Código de Aranda, se trataría de una obra mejorada por sucesivas reformas necesarias e impuestas por el progreso natural del país y las exigencias de una vida más intensa y de más amplias y complicadas relaciones, teniendo en aquél sus raíces, manteniendo solo vagas semejanzas con las formas originales, paulatinamente se fue adaptando
siguió las orientaciones europeas, especialmente española e italiana.[231]

CARRILLO BATALLA al tratar el tema manifiesta que […] *Los citados autores, junto a Angel Francisco Bice, Pedro Pineda León, Alonso Calatrava, Pedro Arismendi Lairet y otros, son representantes de la escuela Procesalista Clásica tradicional. Luís Loreto, Amenodoro Rangel Lamus, Humberto Cuenca y Arístides Rengel Romberg, pertenecen a la moderna escuela científica.".* Luego, aunque el maestro CARRILLO BATALLA al terminar la citada hace remisión al trabajo del maestro RENGEL ROMBERG –Manual de Derecho Procesal Venezolano, Vol. I- es importante, necesario y en justicia destacar la orquestada discriminación y egoísmo hacia nuestro sucesor el maestro Humberto BELLO LOZANO –que hemos denunciado en nuestro libro Sistema de Amparo- quien es otro digno e ilustre representante de la Escuela Científica del procesalismo venezolano, aunque no le fuera reconocido y más aún, no se le reconozca todavía, por lo que se nos antoja recordar que el "maestro" fue autor de numerosos libros jurídicos que por más de tres décadas formaron los abogados de nuestro foro jurídico, donde destacamos: a. Crónica de Derecho Procesal. Editorial Estrados. Caracas, 1965; b. Historia de las Fuentes e Instituciones Jurídicas Venezolanas. 1era edición de Librería La Lógica C.A. Caracas, 1966; c. Derecho Procesal Civil. Editorial Estrados. Colección Vocación por el Derecho. Caracas, 1969; d. Síntesis de Derecho Procesal. Volúmenes I y II. Editorial Estrados. Caracas, 1975; e. Juicio Ordinario. Volúmenes I y II. Editorial Estrados. Caracas, 1976; f. Teoría General del Proceso. Editorial Estrados. Caracas, 1977; g. Derecho Probatorio. Volúmenes I y II. Editorial Estrados. Colección Vocación por el Derecho. Caracas, 1979; h. Juicios Posesorios. Fondo Editorial "Lola Rodríguez de Fuenmayor". Caracas, 1985; i. Breviario del Derecho Laboral a través de la Jurisprudencia. Editorial Mobilibros. Caracas, 1985; j. Tratamiento de los Medios de Prueba en el Nuevo Código de Procedimiento Civil de 1986. Editorial Mobilibros. Caracas,

---

[231] Armiño BORJAS. Ob. Cit. Vol. I. p. 23.

1986. Este libro que fuera escrito conjuntamente con su hijo el doctor Humberto BELLO LOZANO MÁRQUEZ; k. La Acción Mero-declarativa a través de la Jurisprudencia. Fondo Editorial "Lola Rodríguez de Fuenmayor". Caracas, 1986; l. Honorarios. Fondo Editorial "Lola Rodríguez de Fuenmayor". Caracas, 1986; m. La Letra de Cambio. Fondo Editorial "Lola Rodríguez de Fuenmayor". Caracas, 1986; n. La Prueba y su Técnica. Editorial Mobilibros. Caracas, 1988: ñ. Procedimiento Ordinario. Editorial Mobilibros. Caracas, 1989; y o. El Derecho Procesal Civil en la Práctica. Editorial Mobilibros. Caracas, 1995. Este libro que no logaría ser terminado por el "MAESTRO" labor que cumpliría su hijo el doctor Humberto BELLO LOZANO MÁRQUEZ, con quien compartiría luego su autoría.

De esta manera no se nos permite voltear lamirada ante esta discriminación egoísta que es un constante síntoma de la vanidad y enfermedad de los venezolanos, que en el caso concreto y por cuestiones ajenas a la academia pretendieron y pretenden desconocer la valía y el legado jurídico que nos dejó el "MAESTRO" BELLO LOZANO, y no lo decimos sólo por la cita a que hacemos referencia en este apartado, sino de manera general, ello a propósito que si nos remitimos a los trabajos del maestro RENGEL ROMBERG –que por ejemplo cita el maestro CARRILLO BATALLA- podremos observar que dignamente el ilustre procesalista venezolano sin mezquindad reconoce el aporte de nuestro antecesor, señalando al efecto que […] *La prolongada enseñanza de Loreto, representante máximo del procesalismo científico en Venezuela, comenzó a dar su frutos y a inspirar los estudios procesales, la enseñanza de la materia en las Universidades y a influir en la jurisprudencia nacional, que venía enfocando los fenómenos procesales a la luz de las antiguas concepciones de los prácticos, a espaldas de todo el movimiento renovador de la escuela científica. Una de las primeras manifestaciones de esa influenza en la legislación venezolana la encontramos en la obra del doctor Silvestre Tovar Lange, La Casación en lo Civil y Mercantil. Estudio de la Institución en la Legislación Procesal Venzolana, Imprenta Nacional, Caracas, 1941, seguido luego por las dos obras del doctor Humberto Cuenca: Curso de Casación Civil, dos volúmenes aparecidos en 1962, y Derecho Procesal Civil, Tomo I, 1965, y Tomo II, 1968, publicados por la Universidad Central de Venezuela. Por la misma época se publica la obra del profesor José Rodríguez U., Autoridad del Juez y Principio Dispositivo, Universidad de Carabobo, Valencia, 1968; el Derecho Procesal Civil, de Humberto Bello Lozano, profesor de la Universidad Santa María, Vol. I, 1968, Vol. II, 1969, y su Juicio Ordinario, 1970, todos de la Editorial Estrados, Caracas…".* También y como muestra de la trascendencia de los trabajos de BELLO LOZANO fuera de nuestras fronteras, la cita que de él hace el recordado maestro y máximo exponente del derecho probatorio de todos los tiempos, Hernando DEVIS ECHANDÍA,[232] en su "Teoría General de la Prueba Judicial", entre otros pueden revisarse las páginas 639 y 700 del volumen I, páginas 40, 110, 164, 192,

---

[232] Hernando DEVIS ECHANDÍA. Teoría General de la Prueba Judicial. Volúmenes I y II. Quinta edición. Editorial Víctor P. de Zavalía. Buenos Aires, 1981.

193, 331 y 336 del volumen II, de manera que no vacilamos en calificar de enfermedad del ser humano, del alma, esa mezquindad y vanidad que no permitió ni permite el reconocimiento y la valía de BELLO LOZANO, lo que sin tapujos decimos que simplemente es la consecuencia de la mediocridad y bajas pasiones de nosotros los venezolano acomplejados y envidiosos, que nos descalifican por ser de la Universidad Santa María.

Dicho esto y puestas las cosas en su debido lugar, respecto al Código de Procedimiento Civil de 1916 que nos ocupa, siguió la misma línea contenida en el Código anterior de 1904, por ejemplo en lo que respecto al momento de la prueba, contenido ahora en la SECCIÓN 2ª titulada "de los medios de prueba y de la promoción" –artículo 288 al 295- más se observan algunas modificaciones y tecnificaciones interesantes respecto a los medios de prueba, tal como lo veremos a continuación siguiendo la misma metodología que nos hemos planteado.

a. Confesión.

Manteniendo una redacción y tratamiento igualitario respecto al Código anterior, se observa una modificación en cuanto a la regulación de las posiciones juradas del apoderado de las partes, donde ahora se exige como requisito que éste debe estar dotado de poder especial para ello, de manera que si no está facultado en forma expresa por poder especial, el apoderado no podrá absolver posiciones juradas –artículo 297-.

También hay innovación en cuanto a la confesión en materia de posiciones juradas, que conforme al contenido del artículo 298, se tendría por confesa en las posiciones juradas que la parte contraria hiciera legalmente en presencia del tribunal, a las que citado para absolver no compareciera sin motivo legítimo, en cuyo caso y para estampar las posiciones juradas se dejarían transcurrir sesenta minutos a partir de la hora fijada para la comparecencia, pasados los cuales no podría ya contestarlas, pero si concurriere el absolvente ante de la conclusión del precitado lapso comenzaría el acto.

Por último se incorporó en el artículo 305 una disposición conforme a la cual se limitaría el número de proposiciones del medio probatorio en primera instancia, la cual quedaría redactada de la siguiente manera: […] *No se permitirá promover la prueba de posiciones más de dos veces en la primera instancia, una en la segunda, y una en la tercera, a no ser que, después de absueltas las primeras posiciones, se aleguen en contra hechos o instrumentos nuevos, caso en el cual se podrán promover otra vez con referencia a los hechos o instrumentos nuevamente aducidos.*"

b. Juramento.

En este medio probatorio no hubo modificación alguna.

c. Documentos.

Contenido el tema ahora en la SECCIÓN 5ª denominada "De la prueba escrita", se observa una tecnificación en cuanto a la denominación, donde se abandona la terminología general e impropia de "documento" para asumir la denominación de "instrumentos" como prueba documental escrita, sin sufrir en lo demás cambio alguno.

No obstante a lo señalado se incorpora el articulado correspondiente al reconocimiento y desconocimientos de instrumentos privados, bajo la denominación "Del reconocimiento de instrumentos privados", señalándose en el artículo 324 que la parte contra quien se produjera en juicio un instrumento privado como emanado de ella o de algún causante suyo, debería manifestar formalmente si lo reconoce o lo niega, ya en el acto de litiscontestación, si el instrumento se ha producido con el libelo, ya en la quinta audiencia después de haberse producido posteriormente, todo en el entendido que el silencio de la parte a este respecto, daría por reconocido el instrumento.

En cuanto al procedimiento de haberse producido el desconocimiento, el artículo 325 señalaría que tocaría a la parte que produjo el instrumento probar su autenticidad, proponiendo al efecto la prueba de cotejo y la de testigos cuando no fuere posible hacer el cotejo.

El cotejo en los términos del artículo 326 se haría por expertos con sujeción a lo que se prevenía en la Sección de la experticia, a cuyo efecto el proponente de la experticia grafotécnica tendría la carga de designar el instrumento o instrumentos indubitados que y conforme al contenido del artículo 327 podían ser: a. Los instrumentos que las partes reconocieran como tales de común acuerdo; b. Los instrumentos firmados ante un Registrador u otro funcionario público; c. Los instrumentos privados reconocidos por la persona a quien se atribuyera el que se tratara de comprobar, pero no aquellos que ella misma hubiera ,negado o no reconocido, aunque precedentemente se hubieran declarado como suyos; d. La parte reconocida o no negada del mismo instrumento que se tratara de comprobar. Se añadió que en caso de faltar el instrumento indubitado, podía el presentante del instrumento cuya firma se hubiera desconocido o si se hubiera declarado por los herederos o causahabientes no conocerla, pedir y el tribunal lo acordaría, que la parte contraria escribiera y firmara en presencia del juez lo que éste dictara, en el entendido que si se negara a hacerlo, se tendría por reconocido el instrumento, a menos que la parte se encontrara en la imposibilidad física de escribir.

Se fijo un término probatorio para la incidencia del cotejo, que en los términos del artículo 329 sería de ocho días, que podrían extenderse hasta quince, pero la cuestión no sería resuelta sino en la sentencia del juicio principal.

Por último se previó que el reconocimiento de un instrumento privado podía pedirse por demanda principal.

Como podemos observar la redacción es idéntica a la contenida en el actual Código de Procedimiento Civil.

d. Experticia e inspección.

En estos medios de prueba no hubo modificación alguna respecto al Código de Procedimiento Civil derogado.

e. Testigo.

Se incorporan nuevamente las causales de inhabilidad absoluta y relativa respecto a la persona del testigo –artículos 343 al 347- pero y en cuanto a la novedad en este medio de prueba, encontramos la inclusión de una norma de valoración, contenida en el artículo 367 que señaló: […] *Para la apreciación de la prueba de testigos el Tribunal examinará si las deposiciones de éstos concuerdan entre sí y con las demás pruebas, y estimará cuidadosamente los motivos de las declaraciones y la confianza que merezcan los testigos por su vida y costumbre, por la profesión que ejerzan y por las demás circunstancias, rechazando en la sentencia la declaración del testigo inhábil, o la del que apareciera no haber dicho la verdad, ya por las contradicción en que hubiere incurrido, o ya por otro motivo, aunque no hubiere sido tachado, expresándose el fundamento de tal determinación*."

Como podemos observar respecto a los medios probatorio no hubo modificaciones sustanciales de importancia, sin perjuicio de las incorporaciones ha que hemos hecho referencia, que en definitiva lo que hacen es tecnificar aún más el instrumento procesal.

6.2.9. Régimen de la pruebas en el Código de Procedimiento Civil de 13 de marzo 1986.

Nos dice el maestro José Andrés FUENMAYOR, que el Presidente de la República durante el período constitucional 1964-1969, doctor Raúl LEONI, tomaría la bandera de la reforma y en julio de 1967, aparecería en Gaceta Oficial la creación de la Comisión de Reforma del Código de Procedimiento Civil, donde se entremezclaban homogéneamente los pensamientos nuevos y tradicionales sobre la materia, ocurriendo que por razones biológicas los miembros de mayor edad se fueran retirando reduciéndose la Comisión a cuatro miembros que para la época –expone el egregio maestro- estaban en su mejor momento existencial para pagarle al país lo que invierto en ellos en su preparación universitaria. Todos profesores y litigantes de mucha experiencia y uno de ellos juez. Así quedaría conformada la Comisión por los doctores Luís MAURY CASTRO, Leopoldo MÁRQUEZ AÑEZ, Arístides RENGEL ROMBERG y José Andrés FUENMAYOR, acompañados en gran parte para la preparación del primer Libro José Ramón DUQUE SÁNCHEZ. Explica FUENMAYOR que la Comisión funcionaría ad honores,

comenzando trabajar en un pequeño salón facilitado por el Ministro de Justicia de la época doctor Santiago NÚÑEZ ARISTIMUÑO. Señala que […] *lo primero que se planteó la Comisión fue cual debía ser el contenido y alcance de la reforma. Este tema se trató durante un tiempo prudencial pues había que pronunciarse sobre si se hacía borrón y cuenta nueva con el sistema procesal venezolano o se mantenía la estructura del viejo pero sólido edificio que había prestado su servicio al país de una manera muy eficiente para su época, y se remodelaba totalmente y se aprovechaba lo que había demostrado ser bueno, se adaptaba a los nuevos tiempos, y servía de base, como Código de transición, para la reforma definitiva. Después de muchas consideraciones se resolvió introducir un nuevo procedimiento civil venezolano, utilizando los materiales que fueran aprovechables y muy especialmente la jurisprudencia de casi un siglo que había venido estableciendo la Casación y que ya formaba parte integrante del pensamiento jurídico venezolano. Así lograríamos dos objetivos: reducir el impacto de los cambios en los abogados que se habían formado durante la vigencia del Código de 1916 y a la vez dotar al país de un instrumento nuevo que tomara en cuenta los adelantos del proceso moderno, que pudiera lograr un período de adaptación, y que hiciere justicia más rápida y eficiente. Creo que estos objetivos se han cumplido a pesar de que los críticos lo duden."* [233]

El actual Código de Procedimiento Civil data de 13 de marzo de 1986, entrado en vigencia en 1987, que como explica otro de sus redactores, esta vez, el maestro Arístides RENGEL ROMBERG,[234] vino a romper definitivamente con los anticuados moldes privatistas, para inscribirse en la corriente científica moderna que coloca al sistema procesal civil venezolano en el campo publicista, al desarrollarse una relación jurídica procesal que tiene como cabeza al judicante como representante del Estado dotado de "jurisdicción", cuyo función esencial se basa en el interés público dirigido a la solución de conflictos, a la recta y pronta administración de justicia y al mantenimiento de la paz y armonía social.

Dice este codificador o redactor, que el Código de Procedimiento Civil que nos ocupa, se basó en premisas filosóficas y de política judicial cuyos objetivos se dirigen a una justicia rápida, sencilla y leal en el marco de un procedimiento dominado por los principios de igualdad, lealtad y probidad, lo que se presentará a lo largo de los tres momentos más significativos del proceso, la introducción, la instrucción y la decisión de la causa. A ello se suma el aseguramiento del principio y del derecho a la defensa, igualdad de las partes, contradictorio, ampliación de los

---

[233] José Andrés FUENMAYOR G. Opúsculos Jurídicos. Evolución y perspectiva del Derecho Procesal en el país. Editorial Texto C.A. Caracas, 2001. p. 29.
[234] Arístides RENGEL ROMBERG. Ob. cit. Vol. I. pp. 30 y 22.

poderes del juez, ampliación de los medios de prueba, simplificación de las formas procesales eliminación de incidencias, entre otros aspectos propios del nuevo esquema.

Los elementos más característicos del nuevo sistema procesal civil se ubican en la celeridad procesal, la facultad del juez de impulsar de oficio el proceso cuando se encuentra paralizado o en suspenso por algún motivo legal, la regulación del cuestionamiento de la jurisdicción y la competencia y la incorporación de los recursos de regulación de la jurisdicción y de la competencia, la no suspensión de la causa con motivo a recusaciones e inhibiciones, los motivos de perención breve, intervención del Ministerio Público en determinadas causas, la posibilidad de la citación tácita así como la facultad que el actor gestione la citación por conducto de otro alguacil o notario de la circunscripción judicial, el deber de lealtad y probidad procesal, la libertad probatoria.

En cuanto al tema de las innovaciones en la materia probatoria comencemos indicando que respecto al momento de la prueba contenido en el TÍTULO II, denominado "De la instrucción de la causa", en su CAPÍTULO I, denominado "Del lapso probatorio" sólo se presentó la modificación correspondiente a los informes en los juicio de derecho o sin apertura del lapso probatorio, que quedaría redactado ahora de la siguiente manera […] *Ejecutoriado dicho auto, se procederá al acto de informes en el décimo quinto día siguiente a la ejecutoria, a la hora que fije el Tribunal."*

Se modifica el término probatorio, compuesto ahora por quince (15) días de promoción, tres (3) días de oposición, tres (3) días de admisión y treinta (30) días de evacuación –artículos 392, 396, 397, 398, 399 y 400- incorporándose la regulación del cómputo del lapso de evacuación de pruebas, tomando en consideración aquellas que deben ser evacuadas por tribunales comisionados ubicados en la misma circunscripción judicial donde se encuentre el tribunal de la causa, así como aquellos medios de prueba que deban evacuarse fuera de la circunscripción judicial donde se encuentre ubicado el tribunal de la causa –artículo 401-. También se modifica el régimen de la apelación del auto que providencie las pruebas que ahora y conforme al contenido del artículo 402, tanto la admisión como la negativa de admisión de algún medio probatorio propuesto, tendría apelación y en ambos casos se oiría en un solo efecto o efecto devolutivo pero no suspensivo, en este sentido la norma quedaría redacta así: […] *De la negativa y de la admisión de alguna prueba habrá lugar a apelación y ésta será oída en ambos casos en el solo efecto devolutivo. Si la prueba negada fuera admitida por el Superior, el Tribunal de la causa fijará un plazo para su evacuación y concluido éste, se procederá como se indica en el artículo 511. Si la prueba fuere negada por el Superior, no se apreciará en la sentencia la prueba si hubiere sido evacuada."*

Por primera vez se incorpora el principio de libertad probatoria contenido en el artículo 395 redactado de la siguiente manera […] *Son medios de prueba admisibles en juicio aquellos que determina el Código Civil, el presente Código y otras leyes de la República. Pueden también las partes valerse de cualquier otro medio de prueba no prohibido expresamente por la ley, y que consideren conducente a la demostración de sus pretensiones. Estos medios se promoverán y evacuarán aplicando por analogía las disposiciones relativas a los medios de pruebas semejantes contemplados en el Código Civil, y en su defecto, en la forma que señale el Juez.*"

En cuanto a las modificaciones ocurridas en cada uno de los medios probatorios analicemos cada caso según la metodología empleada.

a. Confesión.

Se incorpora en el artículo 404 la figura de la delegación en materia de posiciones juradas cuando se trate de personas jurídicas, redactado de la siguiente manera *[…] Si la parte fuere una persona jurídica absolverá las posiciones el representante de la misma según la ley o el Estatuto Social. Sin embargo, el representante de la persona jurídica o el apoderado de ésta, mediante diligencia o escrito, pueden designar a otra persona para que absuelva en su lugar las posiciones, por tener ésta conocimiento directo y personal de los hechos de la causa, quien se entenderá citada para la prueba y quedará obligada a contestar las posiciones*."

Como requisito de admisibilidad de la prueba en cuestión se exige ahora la reciprocidad, todo conforme al artículo 406 que señaló […] *La parte que solicite las posiciones deberá manifestar estar dispuesta a comparecer al Tribunal a absolverlas recíprocamente a la contraria, sin lo cual aquellas no serán admitidas. Acordadas las posiciones solicitadas por una de las partes, el Tribunal fijará en el mismo auto la oportunidad en que la solicitante debe absolverlas a la otra, considerándosele a derecho para el acto por la petición de la prueba*."

En cuanto a la absolución de posiciones juradas de los apoderados, se mantiene la exigencia del poder con la incorporación del requisito que el mismo debe subsistir o estar vigente para el momento de la promoción de la prueba, de manera que si luego de promovida el medio probatorio se revoca el poder, el apoderado quedará igualmente obligado a la absolución de posiciones juradas, circunstancia esta que evita el fraude que ocurría bajo la vigencia del anterior Código de Procedimiento Civil, donde el poder era revocada al proponerse las posiciones juradas para evitar que el apoderado absolviera las mismas; también hay una innovación en esta materia y esta vez en cuanto a la posibilidad de absolver posiciones juradas los representantes de los incapaces respecto a los hechos en que hubieran intervenido personalmente, todo en los términos del artículo 407 que señala […] *Además de las partes, pueden ser llamados a absolver posiciones en juicio: el apoderado por los hechos realizados en nombre de su mandante, siempre que subsista mandato en el momento de la promoción de las posiciones y los representantes de los incapaces sobre los hechos en que hayan intervenido personalmente con ese carácter*."

Conforme al artículo 408 se exime de comparecer al tribunal a absolver posiciones juradas aquellas personas eximidas de comparecer como testigo, en cuyo caso la prueba se realizará como se hace en materia de testigo.

Se limita el número de posiciones juradas que ahora no podrán exceder de veinte, con la posibilidad excepcional de extenderse por diez más, todo en los términos del artículo 411 que señala […] *No podrán formularse al absolvente más de veinte posiciones; pero si por la complejidad del asunto, el Juez lo considerare procedente, podrá, a solicitud de la parte, conceder a ésta antes de la conclusión del acto, la formulación de un número adicional que no exceda de diez posiciones*."

En general lo demás quedaría igual respecto al Código de Procedimiento Civil de 1916.

b. Juramento.

En este medio de prueba no hubo modificación alguna respecto al Código de Procedimiento Civil derogado.

c. Instrumentos.

En este tema hubo reformas e incorporaciones de importancia tal como se refiere primeramente a la regulación por primera vez de la fotocopia, contenido en el artículo 429 que señala lo siguiente […] *Los instrumentos públicos y los privados reconocidos o tenidos legalmente por reconocidos, podrán producirse en juicio originales o en copia certificada expedida por funcionarios competentes con arreglo a las leyes. Las copias o reproducciones fotográficas, fotostáticas o por cualquier otro medio mecánico claramente inteligible, de estos instrumentos, se tendrán como fidedignas si no fueren impugnadas por el adversario, ya en la contestación de la demanda, si han sido producidas con el libelo, ya dentro de los cinco días siguientes, si han sido producidas con la contestación o en el lapso de promoción de pruebas. Las copias de esta especie producidas en cualquier otra oportunidad, no tendrán ningún valor probatorio si no son aceptadas expresamente por la otra parte. La parte que quiera servirse de la copia impugnada, podrá solicitar su cotejo con el original, o a falta de éste con una copia certificada expedida con anterioridad a aquella. El cotejo se efectuará mediante inspección ocular o mediante uno o más peritos que designe el Juez, a costa de la parte solicitante. Nada de esto obstará para que la parte produzca y haga valer el original del instrumento o copia certificada del mismo si lo prefiere*."

Se incorpora en el artículo 431 el tema de los documentos privados emanados de terceros conforme a la siguiente redacción […] *Los documentos privados emanados de terceros que no son parte en el juicio ni causantes de las mismas, deberán ser ratificados por el tercero mediante la prueba testimonial*."; igualmente se agrega un artículo correspondiente a las publicaciones en periódicos o gacetras de los actos que la ley ordena publicar, ello conforme al artículo 432 redactado de la siguiente manera […] *Las publicaciones en periódicos o gacetas de actos que la ley ordena publicar en dichos órganos, se tendrán como fidedignas, salvo prueba en contrario*."

También se incorpora la prueba de informes en los términos del artículo 433 que señala […] *Cuando se trate de hechos que consten en documentos, libros, archivos u otros papeles que se hallen en oficinas públicas, Bancos, Asociaciones gremiales, Sociedades civiles o mercantiles, e instituciones similares, aunque éstas no sean parte en el juicio, el Tribunal, a solicitud de parte, requerirá de ellas informes sobre los hechos litigiosos que aparezcan de dichos instrumentos, o copia de los mismos. Las entidades mencionadas no podrán rehusar los informes o copias requeridas invocando causa de reserva, pero podrán exigir una indemnización, cuyo monto será determinado por el Juez en caso de inconformidad de la parte, tomando en cuenta el trabajo efectuado, la cual será sufragada por la parte solicitante*."

Se prevé por primera vez la mecánica de exhibición de documentos en los términos del artículo 436 que expresa […] *La parte que deba servirse de un documento que según su manifestación, se halle en poder de su adversario, podrá pedir su exhibición .A la solicitud de exhibición deberá acompañar una copia del documento, o en su defecto, la afirmación de los datos que conozca el solicitante acerca del contenido del mismo y un medio de prueba que constituya por lo menos presunción grave de que el instrumento se halla o se ha hallado en poder de su adversario. El Tribunal intimará al adversario la exhibición o entrega del documento dentro de un plazo que le señalará bajo apercibimiento. Si el instrumento no fuere exhibido en el plazo indicado, y no apareciere de autos prueba alguna de no hallarse en poder del adversario, se tendrá como exacto el texto del documento, tal como aparece de la copia presentada por el solicitante y en defecto de ésta, se tendrán como ciertos los datos afirmados por el solicitante acerca del contenido del documento. Si la prueba acerca de la existencia del documento en poder del adversario resultare contradictoria, el Juez resolverá en la sentencia definitiva, pudiendo sacar de las manifestaciones de las partes y de las pruebas suministradas las presunciones que su prudente arbitrio le aconsejen*."

En cuanto a las tachas y al reconocimiento de instrumentos con algunas tecnificaciones el tema no sufrido cambio esencial alguno.

d. Experticia.

En esta materia se tecnifica la redacción y regulación del medio probatorio, con la inclusión de de la regulación correspondiente a la designación de expertos cuando se esté en presencia de litisconsorcios –artículo 456-; se prevé el caso que alguna de las partes no comparezca al acto de designación de expertos, a cuyo efecto lo hará el tribunal en el supuesto que por lo menos alguna de ellas hubiere concurrido al acto –artículo 457-.

Lo más importante y novedoso en esta materia se presenta respecto a la obligación que tienen los expertos de dejar constancia en el expediente con por lo menos veinticuatro (24) horas de antelación del día, hora y lugar en que se dará inicio a las diligencias, ello en los términos del artículo 466 que señala […] *Los expertos juntos o por intermedio de uno cualquiera de ellos deberán hacer constar en los autos, con veinticuatro horas de anticipación, por lo menos, el día, hora y lugar en que se dará comienzo a las diligencias, sin perjuicio de que la asistencia de las partes a las mismas convalide lo actuado sin tal constancia*."

Se incorpora una norma que regula el contenido del dictamen pericial, así como otra que regula el derecho de las partes a pedir aclaratoria o ampliaciones respecto al dictamen pericial presentado por los expertos, la primera situación contenida en el artículo 467 que señala […] *El dictamen de los expertos deberá rendirse por escrito ante el Juez de la causa o su comisionado, en la forma indicada por el Código Civil. Se agregará inmediatamente a los autos y deberá contener por lo menos: descripción detallada de lo que fue objeto de la experticia, métodos o sistemas utilizados en el examen y las conclusiones a que han llegado los expertos.*"; la segunda de la situación se ubica en el artículo 468 que expresó […] *En el mismo día de su presentación o dentro de los tres días siguientes, cualquiera de las partes puede solicitar del Juez que ordene a los expertos aclarar o ampliar el dictamen en los puntos que señalará con brevedad y precisión. El Juez, si estimare fundada la solicitud, así lo acordará sin recurso alguno y señalará a tal fin un término prudencial que no excederá de cinco días.*"

Por último el artículo 470 previó el caso de falta absoluta de los expertos.

e. Inspección.

Con la denominación de "inspección judicial" se deja atrás la terminología de reconocimiento o inspección ocular, tecnificándose su regulación se amplia el objeto de la prueba, primeramente respecto a los sentidos que puede utilizar el judicante para la práctica del medio probatorio y en segundo término, respecto a que la misma puede recaer sobre personas, lugares, documentos u objetos, todo en los términos del artículo 472 que señala […] *El Juez, a pedimento de cualquiera de las partes o cuando lo juzgue oportuno, acordará la inspección judicial de personas, cosas, lugares o documentos, a objeto de verificar o esclarecer aquellos hechos que interesen para la decisión de la causa o el contenido de documentos. La inspección ocular prevista en el Código Civil se promoverá y evacuará conforme a las disposiciones de este Capítulo.*"

También se incorpora a este medio de prueba la posibilidad que la inspección puede ser reproducida, si ello fuere posible –artículo 475-.

f. Testigos.

Sin perjuicio de una mejor redacción que tecnifica el instrumento, no hubo cambio sustancial alguno, aún cuando la exposición de motivos dice lo contrario.

g. Reproducción, copias y experimentos.

En el CAPÍTULO IX, denominado "De las reproducciones, copias y experimentos" se incorpora en tres artículos los conocidos medios de prueba mecánicos y los experimentos, que sistemáticamente regulan la "reproducción", la "reconstrucción de los hechos" y la "pericia científica", la primera recogida en en artículo 502 que señala […] *El Juez, a pedimento de cualesquiera de las partes y aun de oficio, puede disponer que se ejecuten planos, calcos y copias, aun fotográficas, de objetos documentos y lugares, y cuando lo considere necesario, reproducciones cinematográficas o de otra especie que requieran el empleo de medios, instrumentos o procedimientos mecánicos.*"; la segunda –reconstrucción- contenida en el artículo 503 que señala […] *Para*

comprobar que un hecho se ha producido o pudo haberse producido en una forma determinada, podrá también ordenarse la reconstrucción de ese hecho, haciendo eventualmente ejecutar su reproducción fotográfica o cinematográfica. El Juez debe asistir al experimento, y si lo considera necesario, podrá encomendar la ejecución a uno o más expertos que designará al efecto."; y por último la pericia científica contenida en el artículo 504 que dispone […] *En caso de que así conviniere a la prueba, puede también disponerse la obtención de radiografías, radioscopias, análisis hematológicos, bacteriológicos y cualesquiera otros de carácter científico, mediante un experto de reconocida aptitud, nombrado por el Tribunal*."

También se incorpora una nueva norma que regula las conductas de las partes en la materia tratada, extensible a la inspección judicial y redactada de la siguiente manera […] *Si para la realización de inspecciones, reproducciones, reconstrucciones y experiencias fuere menester la colaboración material de una de las partes, y ésta se negare a suministrarla, el Juez le intimará a que la preste. Si a pesar de ello continuare su resistencia, el Juez dispondrá que se deje sin efecto la diligencia, pudiendo interpretar la negativa a colaborar en la prueba, como una confirmación de la exactitud de las afirmaciones de la parte contraria al respecto. Si la prueba debiere realizarse sobre la persona humana, y hubiere negativa injustificada de ésta a colaborar en la prueba, el Juez dispondrá que se deje sin efecto la diligencia, pudiendo sacar de la negativa a colaborar en la prueba, las presunciones que su prudente arbitrio le aconseje*."

i. Carga de la prueba y hechos notorios.

El actual Código de Procedimiento Civil incorporó una norma que regula el tema de la carga de la prueba y de lo hechos notorios que están exento de prueba, ello en los términos del artículo 506 que señala […] *Las partes tienen la carga de probar sus respectivas afirmaciones de hecho. Quien pida la ejecución de una obligación debe probarla, y quien pretenda que ha sido libertado de ella, debe por su parte probar el pago o el hecho extintivo de la obligación. Los hechos notorios no son objeto de prueba*."

j. Valoración de pruebas.

Se incorpora como sistema de valoración de pruebas la sana crítica o libre convicción razonada para todos aquellos medios que no tengan un sistema tarifado de valoración, ello conforme en los términos del artículo 507 que expresa […] *A menos que exista una regla legal expresa para valorar el mérito de la prueba, el Juez deberá apreciarla según las reglas de la sana crítica*."

También se regula el principio de exhaustividad conforme al cual el juez está en la obligación en la sentencia de valorar todas las pruebas aportadas al proceso, aunque no fueren idóneas para ofrecer convicción judicial, todo conforme al artículo 509 que señala […] *Los Jueces deben analizar y juzgar todas cuantas pruebas se hayan producido, aun aquellas que a su juicio no fueren idóneas para ofrecer algún elemento de convicción, expresándose siempre cuál sea el criterio del Juez respecto de ellas*."

Por último se incorpora una nueva norma que regula la valoración de los indicios, señalando el disponiendo el artículo 510 […] *Los Jueces apreciarán los indicios que resulten de autos en su conjunto, teniendo en consideración su gravedad, concordancia y convergencia entre sí, y en relación con las demás pruebas de autos*."

Son éstas las reformas más importantes que en materaia probatoria presenta el actual Código de Procedimiento Civil de 1987.

7. LAS PRUEBAS EN EL CÓDIGO CIVIL.

Como hemos indicado en otro momento, el tema de la prueba judicial y especialmente de los medios de prueba, no solo fue regulado en el Código de Procedimiento Civil, sino que a lo largo de la historia que analizamos observamos que también el Código Civil reguló cuestiones referidas al tema tratado, incluso y como en los diferentes Código de Procedimiento Civil que hemos analizado, se hace remisión a los medios de prueba contenidos en el Código Civil, de manera que se hace necesario estudiar el tratamiento de la cuestión en este instrumento legal hasta llegar a nuestro actual Código Civil.

7.1. Régimen de las pruebas en el Código Civil de 1867.

Tal como nos enseña el maestro Humberto BELLO LOZANO, el primer paso para la codificación nacional lo marcó el Código Civil, cuyo modelo estuvo en el Código Civil Chileno redactado por el doctor Julián VISO, que empezaría a regir el 19 de abril de 1863, Código integrado en parte por leyes españolas y en parte por la contenidas en el Código Napoleón, distinguiéndose la profusión de las definiciones que recargaron al texto, compuesto un Título Preliminar destinado a la ley, sus efectos y aplicación y cuatro libros distribuidos de la siguiente manera: Libro Primero, referido a las personas; Libro Segundo de los bienes, dominio, posesión y goce; Libro Tercero de la sucesión por causa de muerte y donaciones; y Libro Cuarto de las obligaciones en general y los contratos;. Todos estos Libros estaban divididos en Títulos, estos en Leyes y éstas en artículos numerados en forma separada.[235]

El precitado Código Civil sería derogado por el dictado en fecha 21 de mayo de 1867, por el General Guzmán BLANCO, que contendría el tema de la prueba en el TÍTULO VI, denominado "De las pruebas de las obligaciones", en cuya SECCIÓN I, contendría las "Disposiciones generales" regulan el tema de la carga de la prueba y los medios de prueba que servirían para demostrar las obligaciones y su

---

[235] Humberto BELLO LOZANO. *Historia de las Fuentes e Instituciones Jurídicas Venezolanas*. p. 326. Puede verse igualmente Tomás Enrique CARRILO BATALLA. *Historia de la Legislación Venezolana*. Tomo III. pp. 211 y ss.

extinción. Respecto a lo primero –carga de la prueba- el artículo 1.098 dispondría […] *Incumbe la prueba de las obligaciones al que reclame su cumplimiento, y la de su extinción al que la opone*"; lo segundo –medios de prueba- estaría contenido en el artículo 1.099 que señalaría […] *Las obligaciones y su extinción se prueban por instrumentos, por testigos, por presunciones, por confesión de parte y por juramento*".

En cuanto a los medios de prueba y siguiendo la metodología aplicada en los puntos anteriores, sin perjuicio que no fue regulado la experticia ni la inspección judicial, tenemos:

a. Instrumentos.

La SECCIÓN II denominada "De la prueba instrumental" contendría todo lo referente a este medio probatorio, regulando tanto los instrumentos públicos como los privados. Los primeros estarían contenidos en el artículo 1.101 que señalaría […] *Instrumento público, es el que está autorizado por un oficial ó empleado público competente, con las solemnidades requeridas en la ley. Todos los instrumentos públicos son títulos auténticos, y como tales hacen plena fe.*" Conforme al contenido de los artículos 1.102 al 1.105, los instrumentos públicos en que se consignaran las obligaciones de los contrayentes o su descargo, debía estar otorgado por ante los Registradores competentes lo que era denominado "escritura pública", instrumentos que tendrían fuerza obligatoria –fe pública- entre las partes y sus herederos o causahabientes respecto al contenido de las obligaciones, así como frente a terceros respecto al hecho de haberse otorgado y su fecha, todo en el entendido que la falta de escritura pública no podía suplirse con ningún otra prueba en los casos que la ley lo requiera solemnemente , aún cuando las personas contratantes se hubiesen obligado al otorgamiento de dicha escritura. También se previó que en caso que la escritura fuere defectuosa por incompetencia del Registrador o por cualquier otra falta formal, si estuviera firmada valdría como instrumento privado.

Respecto a los instrumentos privados el artículo 1.106 establecería que aquel reconocido por la parte a quien se opusiera o declarado por reconocido, tenía el mismo valor probatorio que la escritura pública entre los otorgantes y sus herederos; se estableció lo obligación de la parte a quien en juicio se le opusiera un instrumento privado de declarar si la firma en él contenida era o no suya, sin perjuicio que esto también pudieran hacerlo los herederos, quienes podrían limitarse a declarar que no conocían la firma de su causante –artículo 1107- en caso de desconocimiento de la firma se procedería al corresponde cotejo; se reguló el tema de la fecha cierto de los instrumentos privados que contaría respecto a los terceros desde que cualquiera de los firmantes hubiese muerto, o desde que el instrumento se hubiere copiado o incorporado en algún Registro público, o constare habérsele presentado en juicio o que hubiese tomado razón de él o lo hubiese inventariado un funcionario público, o que se hubiese archivado en una Oficina de Registro –artículo 1.111-.

Hubo previsión respecto a los libros de los comerciantes bajo la denominación de tenderos y vendedores al pormenor, los asientos, registros y papeles domésticos, así como de las notas escritas por el acreedor a continuación, al dorso o al margen de la escritura, siempre que estuviese en su poder, el primero –libros de comerciantes- que harían fe contra ellos siempre que el tercero se allanara a admitirlos en la parte que le perjudicara –artículo 1.112-; en cuanto asientos, registros y papeles domésticos, se estableció que hacían fe en contra de quien los hubiese escrito, pero quisiera aprovecharse de ellos no podría rechazarlo en la parte que lo perjudicara –artículo 1.113-; por último y en cuanto a las notas escritas y firmadas por el acreedor a continuación, al margen o al dorso de la escritura, siempre que se encontraran en su poder, en los términos del artículo 1.114 que harían fe en todo lo que fuera favorable para el deudor, lo que también aplicaría para el caso que la nota estuviese contenida en un duplicado del instrumento o recibo, con tal que el duplicado se encontrara en poder del acreedor, todo en el entendido que en estos casos el deudor que quisiera aprovecharse de lo que le favoreciera tendría que pasar por lo que le perjudicare.

En las "Disposiciones comunes" referida a los instrumentos el artículo 1.115 establecería que el instrumento publico o privado harían fe entre las partes contratantes, aún respecto de lo que se hubiese expresado en él en términos enunciativos, con tal que tuvieran relación directa con lo dispuesto en el contrato, caso contrario donde no podrían servir los enunciados más que de un principio de prueba por escrito. Se reguló el contradocumento o contra escritura en el artículo 1.116 como instrumento privado hecho por los contrayentes para alterar lo pactado en escritura pública, los cuales no producirían efectos contra terceros expresándose además que […] *Tampoco producen las contra-escrituras públicas cuando no se ha anotado su contenido al margen de la escritura anulada ó reformada y del traslado en cuya virtud ha obrado el tercero*."

b. Testimonio.

Contenido en la SECCIÓN III denominada "De la prueba testimonial" estableció las reglas de admisión del medio de prueba, estableciendo en el artículo 1.121 que la misma no sería admisible respecto de una obligación que hubiere debido consignarse en instrumento público o privado, lo que sería aplicable en caso que el capital de la demanda reunido al importe de los intereses ascendiera a cien pesos o más; tampoco sería admisible la prueba testimonial para acreditar una cosa diferente a la contenida en los instrumentos, ni para justificar lo que se hubiese dicho antes, al tiempo o después de su otorgamiento, aunque se tratare de una suma o valor de cien pesos.

Conforme al artículo 1.122, al demandante de cieno o más pesos no se le admitiría la prueba testimonial aunque limitara su demanda primigenia a una suma inferior; tampoco sería admisible este medio probatorio en las demandas menores de cien pesos, cuando la suma demandada fuera parte o el resto de un crédito mayor que estuviera consignado por escrito, limitaciones todas éstas que no tendrían

lugar en caso que existiera un principio de prueba por escrito, esto es, cuando existiera algún documento escrito por el demandado o por quien le correspondiera, aunque no estuviera firmado, con tal que hiciera verosímil el hecho litigioso –artículos 1.123 y 1.124-. También quedaba exceptuado de los precitadas limitaciones en los casos en que fuera imposible para el acreedor obtener una prueba instrumental de la obligación.

c. Presunciones.

La SECCIÓN IV y bajo la denominación "De las presunciones" reguló el tema como un medio de prueba, aunque de la propia definición que dio el legislador así como de otras regulaciones, perfectamente puede apreciarse que no se trató de un verdadero medio de prueba, incluso, no hubo confusión con el indicio el cual no fue regulado, a lo que se suma el hecho que las mismas –presunciones- cuando son legales se consideraron como dispensa de pruebas. En este sentido el artículo 1.126 definiría las presunciones como […] *las inducciones que la ley ó el Juez sacan de un hecho conocido, para juzgar de otro desconocido. Las presunciones de última clase ó judiciales, no están sujetas á otras reglas que las del criterio humano, y no son admisibles sino en los casos en que tiene lugar la prueba testimonial.*" Como puede observarse y conforme hemos indicado, se consideraron las presunciones como meros juicio del legislador o del juez, como razonamiento lógicos basados en el criterio humano positivados o no –este último para el caso de las judiciales- lo que como tal no pueden considerarse como verdaderos medios de prueba.

Pero como indicamos las presunciones también fueron establecidas como dispensa de cargas probatorias, a cuyo efecto el artículo 1.128 dispondría que […] *El que tiene á su favor la presunción legal, esta dispensado de la prueba. Contra la presunción de ley no se admite prueba, si la ley misma no ha reservado expresamente el derecho de probar lo contrario. Esta disposición se establece sin perjuicio de lo que se establece respecto de la confesión de parte.*"

d. Confesión.

Este medio probatorio estaba contenido en la SECCIÓN V, PARÁGRAFO 1°, denominado "De la confesión" estableciendo el artículo 1.129 que la confesión era judicial o extrajudicial, esta última que cuando fuera puramente verbal, sería ineficaz en todos los casos en que no fuere admisible la prueba testimonial –artículo 1.130-.

La confesión judicial estaría definida en el artículo 1.131 como aquella que la parte hacía en juicio por sí o por medio de apoderado con poder especial, no pudiendo exigirse sino sobre hechos personales, haciendo plena fe contra el confesante; tampoco podía dividirse ni revocarse, salvo error de hecho; igualmente se estableció que la confesión judicial como medio de prueba operara en cualquier caso,

aunque no existiera principio de prueba por escrito, salvo los caos donde se exigía prueba escrita –artículos 1132 y 1133-.

e. Juramento.

Estaba contenido la precitada SECCIÓN V, PARÁGRADO 2°, denominado "Del juramento judicial", estableciendo el artículo 1.134 que en los juicios sobre obligaciones civiles procedentes el delito, falta o dolo, podía deferirse el juramento al demandante, con las circunstancias y efectos siguientes: a. El delito, falta o dolo habían de resultar debidamente probados; b. La duda del habría que recaer sobre el número o valor real de las cosas o sobre el importe de los daños o perjuicios; y c. El juez o estaría obligado a pasar por la declaración jurada del demandante, sino que podría morarla a su prudente arbitrio, y aún absolver al demandado; conforme al artículo 1.135 el juramento debía hacerse por la parte o por su apoderado especial.

7.2. Régimen de las pruebas en el Código Civil de 1873.

Este Código Civil es promulgado el 20 de febrero de 1873, por el Presidente Antonio GUZMÁN BLANCO, empezando a regir desde el 27 de abril del mismo año y en cuanto al tema probatorio que nos interesa puede observarse una mayor tecnificación respecto al Código anterior, donde por ejemplo el tema de la carga de la prueba el artículo 1.252 establecería […] *El que pide la ejecución de una obligación debe probarla, y quien pretende que ha sido libertado de ella debe por su parte probar el pago o el hecho que ha producido la extinción de su obligación."*

También y respecto a los medios probatorios se observa una mayor tecnificación en cuanto a la redacción, así como la incorporación de la experticia y la ausencia de la inspección judicial, tal como veremos de seguidas.

a. Instrumentos.

Conforme al artículo 1.253 la prueba por escrito resultaría de todo documento público o privado, el primero calificado por el artículo 1.254 como aquel autorizado por un funcionario o empleado público competente, conforme a las formas y solemnidades establecidas en la ley. Este documento público tendría fe pública y en consecuencia haría plena fe de la convención en él contenido, así como de los hechos en presencia el funcionario público que lo autorizara.

En cuanto a los instrumento privados se continúa con el señalamiento que aquel reconocido por la parte a quien se le opusiera o que fuera tenido legalmente por reconocido, tendría la misma fuerza probatoria que la escritura pública entre quienes lo hubiesen suscrito y sus herederos y causahabientes. Se reguló también .como en el Código anterior- la carga que tiene la parte o sus herederos o

causahabientes de reconocer o no el documento privado que se les opusiera, so pena de tenerse por reconocido, sin perjuicio que los herederos podría limitarse a señalar que desconocen la firma de su causante; en tal caso y de producirse el desconocimiento del documento, podría acudirse a la experticia grafotécnica o cotejo –artículos 1.257 al 1.263-.

Se siguió regulando el tema de los libros de los comerciantes, los registros y papeles domésticos, así como las anotaciones marginales –artículos 1.264, 1.265 y 1.266- pero una de las innovaciones que se observan en este nuevo instrumento legal se refiere precisamente a las tarjar que fueron reguladas en el artículo 1.267 conforme al cual […] *Las tarjas que corresponden con sus patrones, hacen fe entre las personas que acostumbran a comprobar con ellas las provisiones que hacen o que reciben al detal*."

Por lo demás todo siguió igual.

b. Testimonial.

En esta materia el tema sigue regulado de manera muy similar respecto al Código derogado, no obstante observamos algunas normas interesantes como por ejemplo el artículo 178 conforme al cual […] *Para la apreciación de la prueba testimonial observarán las testimoniales las reglas siguientes: Dos testigos contesten hacen plena prueba, salvo los casos que se exijan mas por disposiciones especiales. Se estimarán también como plena prueba las declaraciones de testigos no contestes que en su conjunto demuestren la existencia del hecho de que se trate. La declaración de un solo testigo podrá hacer prueba plena, cuando concurra alguna otra que la complete. El tribunal examinará si las deposiciones de los testigos concuerdan entre sí y con las otras pruebas; y estimará cuidadosamente los motivos de las deposiciones y la confianza que merezcan los testigos por su vida y costumbres, la profesión que ejerzan y demás circunstancias*."

Se reguló también en este nuevo instrumento legal las inhabilidades absolutas y relativas de la persona del testigo, de igual forma como estaría regulado en el Código de Procedimiento Civil –artículos 1.279 al 1.283-.

c. Presunciones.

En esta materia el tratamiento fue igual respecto al Código anterior, por lo que pueden hacerse las mismas observaciones y críticas anotadas en la regulación correspondiente y contenida en el Código derogado, especialmente por el hecho que las "presunciones" no son un verdadero medio de prueba aunque el legislador así lo considere erradamente; no obstante a ello puede observarse una inclusión novedosa, tal como sucedió con el artículo 1.288 que establecería […] *las presunciones que no estén establecidas por lei, quedará á prudencia del Juez, que no debe admitir, sino las que sean graves, precisas y concordantes*." Vemos así que se incluyó en esta nueva legislación el tema de los "indicios", aún cuando se les denomina "presunciones" y se encuentra en la SECCIÓN III titula "De las presunciones" de manera que existe un

confusionismo sobre le tema que en puridad de verdad se mantiene en la actualidad en nuestro legislación vigente.

d. Confesión.

Se tecnifica un poco más la redacción normativa, como sucede con el artículo 1.290 que señala […] *La confesión hecha por la parte ó por su apoderado dentro de los límites del mandato, ante el Juez, aunque este sea incompetente, hace contra ella plena prueba.*"; también y conforme al artículo 1.291 la confesión extrajudicial produciría los mismos efectos que la confesión judicial, si fuera hecha ante la parte misma o ante su representante y en caso de hacerse frente a un tercero, sólo sería apreciada como un indicio.

El artículo 1.292 seguiría estableciendo que la confesión extrajudicial no podría probarse con testigos, sino en los casos en que la ley admitiera dicha prueba –testimonial-. También se insistiría en la indivisibilidad de la confesión y en su irretractibilidad, salvo el caso de error de hecho.

e. Juramento.

En esta materia no hubo cambio sustancial alguno.

f. Experticia.

Una de las novedades que se observan en este nuevo instrumento legal, precisamente se refiere al tema de la experticia, que se incorpora por primera vez en la SECCIÓN VI, bajo el título "De la experticia", estableciéndose en el artículo 1.311 que siempre que se tratara de una comprobación o apreciación que exigiera conocimientos especiales, se procedería a la experticia, la cual sería hecha por tres expertos, a menos que las partes convinieran en que lo hiciera uno solo –artículo 1.312-.

Conforme al artículo 1.313 los expertos serían nombrados por las partes de común acuerdo y a falta de tal acuerdo, cada una de ellas nombraría a un experto y el tribunal al otro.

El artículo 1.314 establecería lo referido al dictamen pericial conforme al cual […] *El dictámen de la mayoría de los expertos se extenderá en un solo acto, que suscribirán todos. Si no hubiere unanimidad, podrán indicarse las diferencias y sus fundamentos.*" Luego y conforme al artículo 1.315 si los tribunales no encontraran en el dictamen de los expertos la claridad suficiente, podría ordenar de oficio una nueva experticia por uno o más expertos, siempre designados en número impar, quienes podría pedir a los expertos anteriores las noticias que consideraran convenientes.

Por último importa destacar que conforme al contenido del artículo 1.316, el dictamen de los expertos no sería vinculante para el judicante si su convicción se opusiera a ello.

7.3. Régimen de las pruebas en el Código Civil de 1880.

Este instrumento legal sería sancionado por le Presidente de la República Antonio GUZMÁN BLANCO, el 10 de diciembre de 1880, comenzando a regir el 27 de enero de 1881, y en cuanto a la materia probatoria no tendría modificación alguna.

7.4. Régimen de las pruebas en el Código Civil de 1896.

Este Código sigue la misma línea de los anteriores con sus tecnificaciones, sin perjuicio de algunas incorporaciones de interés e importancia, tal como sucedió con la regulación de las cartas o misivas, que conforme al contenido del artículo 1.294 podrían hacerse valer en juicio prueba o principio de prueba por escrito, aquellas cartas misivas dirigidas por una de las partes a la otra, siempre que en ellas se tratara la existencia de una obligación o de su extinción, así como de cualquier otro hecho jurídico relacionado con los puntos que se controvirtieran, todo en el entendido que el autor de la carta podría exigir la presentación de ésta a la persona a quien fuera destinada o ésta producirla en juicio para los efectos mencionados; conforme al artículo 1.295, no podría una parte requerir la presentación de una carta dirigida un tercero por alguno de los interesados en el juicio, o por personas extrañas, si el tercero y el autor de la carta no prestaran su consentimiento para ello. El tercero tampoco podría valerse de la carta como prueba, contra la voluntad del autor de ella; y las cartas misivas dirigidas y recibidas entre terceros, no podrían en ningún caso, emplearse como medios de prueba en juicio por personas para las cuales los terceros no fueran causantes o mandatarios, ello sin perjuicio que los herederos y causahabientes de las personas que dirigieron o recibieron las cartas misivas, podían emplearlas como medios de prueba en los mismos casos en que aquéllas habrían podido hacer uso de ellas.

Igualmente y en los términos del artículo 1.296, las cartas misivas de carácter confidencial, es decir, en que no se trataran de los asuntos expresados en el artículo 1.294, no podrían publicarse ni presentarse en juicio, sin el consentimiento del autor y de la persona a quien fueron dirigidas.

En cuanto al valor probatorio de las cartas misivas, conforme al contenido del artículo 1.297, se determina por las reglas establecidas en la Ley respecto de los instrumentos privados y de principio de prueba por escrito, pero el juez desestimaría las que hubiesen hecho valer en contravención de la ley, sin perjuicio de los derechos que correspondieran al agraviado por violación del secreto debido a la correspondencia epistolar.

Otra incorporación novedosa en materia de prueba documental lo fue el telegrama contenido en el artículo 1298, conforme al cual hacía fe como instrumento privado, cuando el original llevara la firma de la persona designada en él como remitente, o cuando se probara que el original se había entregado o hecho entregar en la Oficina Telegráfica en nombre de la misma persona, aunque ésta no lo hubiera

firmado, y en caso que la firma original fuera autenticada legalmente, se aplicarán las disposiciones que quedaban establecidas respecto de los instrumentos privados. Si la identidad de la persona que lo había firmado o que hubiere entregado el original se hubiere comprobado por otros medios establecidos en los reglamentos telegráficos, se admitirá la prueba contraria. La fecha del telegrama establecía, hasta prueba de lo contrario, el día y la hora en que fue efectivamente expedido o recibido por las Oficinas Telegráficas.

En la materia tratada también se incorporó el sistema de tachas de la prueba documental, a cuyo efecto el artículo 1.307 señalaría que el instrumento público podría ser impugnado en el juicio civil con acción principal o como nulo o ineficaz, o redargüirse de tal en el mismo juicio, cuando se pretenda que se ha omitido en el otorgamiento alguna formalidad esencial, o no se ha cumplido éste con la manera preceptuada en la ley, o se hubiera omitido alguna mención también esencial ordenada por la ley, caso en los cuales la impugnación o la tacha se sustanciarían y decidirían por el procedimiento especial establecido en el Código de Procedimiento Civil.

Conforme al contenido del artículo 1.308, el documento podría también ser impugnado o tachado en juicio principal o redargüirse incidentalmente de falso el instrumento publico, o que se quiera hacer valer como tal, cuando se alegare que en él apareciera una convención o declaración que no hubiera tendido lugar, o que se habría cometido alguno de los actos calificados de falsedad por el Código Penal, casos en los cuales se procedería conforme al procedimiento especial contenido igualmente en el Código de Procedimiento Civil.

Los documentos privados también podrían ser objeto de tacha de falsedad, lo que debería hacerse al momento de reconocimiento o en la contestación de la demanda, o en la quinta audiencia después de producido en juicio, si antes no habían sido presentados para el reconocimiento o en apoyo de la demanda, a menos que la tacha versara sobre el procedimiento mismo, tal y como lo previó el artículo 1.309 del Código en estudio.

Otra innovación esencial en este instrumento legal se refirió a la incorporación de la inspección judicial, bajo la denominación de "inspección ocular", contenida en los artículos 1357 al 1259, el primero conforme al cual el reconocimiento o inspección ocular podrían promoverse como prueba en juicio, para hacer constar las circunstancias o estado de los lugares o las cosas que pudieran ser o no de fácil acreditación por otros medios, sin extenderse a apreciaciones que necesitara de conocimientos especiales. Se reguló la posibilidad de la inspección extrajudicial cuando como consecuencia de algún retardo pudiera sobrevenir a alguna de las partes algún perjuicio, de manera que este instrumento serviría para dejar constancia del estado o circunstancia que pudieran desaparecer o modificarse por el transcurso del tiempo.

En cuanto al valor probatorio de este medio el artículo 1.359 señalaría que los jueces estimarían en su oportunidad el mérito de la prueba.

7.5. Régimen de las pruebas en los Código Civiles de 1904, 1916 y 1942.

El primero de los Código Civiles en referencia se trata del sancionado el 9 de abril de 1904, que respecto al tema tratado nada agregaría de nuevo, pero el segundo de los señalados, esto es, el Código Civil de 4 de julio de 1916, contendría importantes tecnificaciones como por ejemplo y en materia de prueba documental se agregaría el artículo 1.381 conforme al cual, el instrumento redactado por las partes y contentivo de sus convenciones sería solo un medio probatorio y su validez o su nulidad no tendrían influencia sobre la validez del acto o hecho jurídico documentado y destinado a probar, salvo los casos en que el instrumento se requiriera como solemnidad del acto, vale decir, que se regularía la clasificación de la prueba documental en *ad probacionen* y *ad solemnitaten*.

Se establecerían las causales por las cuales el documento privado podría ser tachado, que conforme al contenido del artículo 1.406 serían las siguientes: 1º Que no hubiere la intervención del funcionario público que apareciera autorizándolo, sino que la firma de éste fuera falsificada; 2º Que aun cuando fuera auténtica la firma del funcionario público, la del que apareciera como otorgante del acto fuera falsificada; 3º Que fuera falsa la comparecencia del otorgante ante el funcionario, certificada por éste, fuera que el funcionario hubiera procedido maliciosamente o que se le hubiera sorprendido en cuanto a la identidad del otorgante; 4º Que aun siendo auténtica la firma del funcionario público y cierta la comparecencia del otorgante ante aquél, el primero atribuyera al segundo declaraciones que éste no hubiera hecho, pero esta causal no podría alegarse por el otorgante que hubiera firmado el acta, ni respecto de él; 5º Que aun siendo ciertas las firmas del funcionario y del otorgante, se hubiesen hecho, con posterioridad al otorgamiento, alteraciones materiales en el cuerpo de la escritura capaces de modificar su sentido o alcance, causal que podría alegarse aun respecto de los instrumentos que sólo aparecieran suscritos por el funcionario público que tuviera la facultad de autorizarlos; y 6º Que aun siendo ciertas las firmas del funcionario y los otorgantes, el primero hubiese hecho constar falsamente y en fraude de la Ley o perjuicio de terceros, que el acto se habría efectuado en fecha o lugar diferentes de los de su verdadera realización.

También se incorporaron las causales de tacha de documentos privados, que conforme al artículo 1.407 serían: 1º Cuando hubiera falsificación de firmas; 2º Cuando la escritura misma se hubiere extendido maliciosamente, y sin conocimiento de quien aparezca como otorgante, encima de una firma en blanco suya; y 3º Cuando en el cuerpo de la escritura se hubiesen hecho alteraciones materiales capaces de variar

el sentido de lo que firmó el otorgante, todo con el agregado que estas causales no podrían alegarse, ni aun podría desconocerse el instrumento privado, después de reconocido en acto auténtico, a menos que se tachara de falso el acto mismo del reconocimiento o que las alteraciones a que se refiere la causal 3º se hubieran hecho posteriormente a éste.

Respecto a todos los demás medio de prueba se siguió la misma línea de los Códigos anteriores sin ningún cambio sustancial de importancia, salvo el número del articulado y el mejoramiento o tecnificación de su desarrollo.

Por último y en cuanto al Código Civil de 13 de julio de 1942, tampoco incorporaría nada novedoso y de importancia en cuanto al tema de la prueba y los medios de prueba.

7.6. Régimen de las pruebas en el Código Civil vigente de 1982.

Nuestro actual Código Civil que data de 6 de julio de 1982, se mantiene fiel a la tradición regulatoria de la materia probatoria tratada en los Códigos anteriores, tecnificándose aún más su redacción, tal como lo estudiaremos a lo largo de este trabajo al tratar con detenimiento cada uno de los medios probatorios, de manera y que respecto al estudio que hemos hecho, no existe en la actual legislación cambio sustancial de importancia en la materia tratada.

CAPITULO III

DERECHO DE ACCESO AL SISTEMA PROBATORIO. CONSTITUCIONALISMO Y GARANTISMO

……

1. TEORÍA CONSTITUCIONAL PROCESAL APLICADA AL PROCESO. Introducción.

El tratamiento del derecho probatorio y especialmente de la prueba judicial como derechos constitucionalizados y de aplicación "garantista" requiere necesariamente estar precedido de dos estudios preliminares: el primero referido al derecho constitucional procesal y sus elementos, donde precisamente encontraremos el derecho probatorio y la prueba judicial; y el segundo referido al "garantismo", que nos permitirá analizar y comprender la aplicación e interpretación de las normas probatorias, sean procesales o sustanciales en el marco del constitucionalismo; incluso y tal como lo expondremos, el tema probatorio y su aplicación constitucional y garantita no puede ser concebido en la limitada expresión "*derecho de acceso a la prueba*" o "*derecho constitucional a la prueba judicial*", tal y como nosotros mismos lo habíamos considerado

erradamente años atrás, sino que debe entenderse que este es un derecho más amplio que no se limita a su actividad en sede jurisdiccional y en el marco de un proceso judicial, sino que también comprende o arropa la actividad extrajudicial, tales como la heurística y la probática, la actividad de investigación para recabar y asegurar fuentes probatorias, sin perjuicio de la anticipación de medios probatorios, a lo que se suma el "garantismo" como corriente postconstitucional que permite adoptar una aplicación e interpretación de las normas probatorias con fines constitucionales.

En este sentido debemos comenzar introduciendo al lector a lo que hemos denominado "**teoría constitucional aplicada al proceso**", a cuyo efectos debemos observar que el estudio del derecho constitucional aplicado al proceso, se nos presenta en un aspecto bifronte, pues ha de enfocarse desde las instituciones constitucionales aplicables y aplicadas al proceso, como sucede con los derechos constitucionales procesales que entre otros institutos comprende la tutela judicial efectiva a que se refiere el artículo 26 constitucional, el debido proceso legal y constitucional a que se refiere el artículo 49 constitucional, así como la jurisdicción constitucional y su funcionamiento, esto que denominaremos "**derecho constitucional procesal**"; en tanto que en su otro aspecto ubicamos el estudio de los procesos judiciales donde se debate y resuelve el tema constitucional, esto es, los procesos propios y típicos donde se discute el tema constitucional, que comprenderá entre otros el *habeas corpus*, el *habeas data*, la "acción" de nulidad por inconstitucionalidad, la interpretación constitucional, revisión constitucional, insconstitucionalidad por omisión legislativa y especialmente el amparo constitucional, lo que denominamos "**derecho procesal constitucional**".

DUQUE CORREDOR al tratar el tema no dice que el "derecho procesal constitucional" se refiere al conjunto de principios y normas de trascendencia procesal que se contienen en la Constitución y que determinan la modificación de la legislación procesal o su interpretación conforme a esos principios o normas, lo que se diferencia del derecho constitucional procesal, que es el que rige el proceso en la jurisdicción constitucional.[236]

Lo anterior nos permitiría preguntarnos con GOZAÍNI si ¿es el derecho procesal constitucional una ciencia independiente?[237] Incluso, siguiendo a Gladis Estigarribia DE MIDÓN,[238] si el derecho procesal constitucional ¿es una especialidad o es una autonomía?, pregunta que se hace precisamente para abordar el tema de las garantías procesales constitucionales, esto es, el derecho procesal constitucional – procesos judiciales que atienden a la protección de los derechos fundamentales- así como los derechos

---

[236] Román J. DUQUE CORREDOR. Constitucionalización del Proceso. En Temario de Derecho Constitucional y de Derecho Público. Editorial Legis. Bogotá, 2008. p. 184.
[237] Osvaldo Alfredo GOZAÍNI. Derecho Procesal Constitucional. Amparo. Editorial Rubulzal.Culzoni. Buenos Aires, 2020. pp. 13 y ss.
[238] ESTIGARRIBIA DE MIDÓN, Glais. Derecho Procesal Constitucional. Especialidad SI, Autonomía NO. Comunicación a las Primeras Jornadas Argentinas de Derecho Procesal Constitucional. T.I. Buenos Aires, 1979.

constitucionales que aplican en el proceso judicial –lo que hemos señalado como derechos constitucionales procesales o constitucionalización de los derechos procesales a que se refieren los artículos 26 y 49 constitucionales, para nuestro caso-.

Como hemos expresado, el estudio de la ciencia constitucional aplicada al proceso, cuyo contenido será los derechos constitucionales aplicados al proceso y los procesos constitucionales, donde además ubicamos la jurisdicción constitucional o tribunales constitucionales, sean ordinarios en ejercicio de la función constitucional general o específica, sean especializados, como es el caso de la Sala Constitucional en ejercicio bien del control concentrado o difuso –esto último como lo ha venido ejerciendo- perfectamente se puedan agrupar en una "teoría del proceso constitucional", aunque en puridad de verdad debería ser a la inversa, esto es "**teoría constitucional aplicada al proceso**", pues ello comprenderá tanto el tema de los derechos constitucionales aplicados al proceso judicial, como el tema del proceso judicial como instrumento o garantía que sirve a los derechos fundamentales, donde ubicamos incluso el tema de la jurisdicción constitucional y su funcionamiento, que si bien hay cultores y defensores de la materia como una ciencia autónoma, tal como lo han concebido los constitucionalistas, nos parece que el tema se acerca más a la ciencia procesal, quien debe abordarla a través su teoría concreta a la que hemos hecho referencia, lo que nos permitirá expresar que se trata del "Derecho procesal constitucional", entendido como la teoría que debe abordar, en el marco de los estudios de Derecho procesal, el tema constitucional en sus dos aspectos señalados, lo que más que una autonomía respecto a su ciencia, se nos antoja que se trata de otra versión de la ciencia procesal, vale decir, que nos enfrentamos ante una especialidad del Derecho procesal.

En este sentido y partiendo del hecho que el Derecho procesal constitucional es una especialidad de la ciencia procesal, con GOZAINI afirmaremos que su contenido comprenderá los siguientes aspectos: *a. La jurisdicción constitucional; b. Las garantías constitucionales; c. Los derechos constitucionales aplicados al proceso; y d. Los Derechos humanos.*

El maestro Juan Carlos HITTERS citado por GOZAÍNI,[239] al tratar el tema del derecho procesal constitucional y su contenido, muy parecido al tratamiento que le da el último de los citados, lo divide en cuatro aspectos a saber: a. El debido proceso; b. Las garantías de las partes; c. Las categorías de la jurisdicción; y d. Las garantías jurisdiccionales.

Puesto en este estado el asunto, analicemos brevemente el contenido de los derechos constitucionales aplicados al proceso, para luego pasar a las consideraciones referidas al "garantismo".

1.1. Derechos constitucionales de aplicación procesal. Tutela judicial efectiva.

---

[239] Juan Carlos HITTERS. El Derecho Procesal Constitucional.

Los "derechos constitucionales aplicables al proceso", tanto jurisdiccional como administrativo –en este último caso más que al proceso, se trata del procedimiento, pues ante la Administración Pública diferente al sistema de la ciencia procesal, no puede técnica y científicamente hablarse de proceso, sino de procedimiento, ya que nuevamente recordemos que el instituto del "proceso", junto con los correlativos de "jurisdicción" y "acción", son propios de la ciencia procesal y de la función jurisdiccional- que otros analizan bajo la denominación de "principios constitucionales del proceso",[240] otros denominan garantías constitucionales del proceso,[241] comprenderá el análisis de la "**tutela judicial efectiva**" y del "**debido proceso**".

La tutela judicial efectiva como Derecho constitucional de aplicación exclusivamente judicial, es incorporado por primera vez en el artículo 26 de nuestra Constitución de 1999 –sin perjuicio que mucho de los derechos que en ella se comprende y bajo otra denominación, ya se ubicaban en nuestros anteriores textos constitucionales- cuyo antecedente lo ubicamos en el artículo 24 de la Constitución Española de 1978,[242] que a su vez tiene deviene del artículo 24 de la Constitución italiana de 1947,[243] sin perjuicio del artículo 19.4 de la Constitución de Bonn de 1949.

Este derecho a la tutela judicial efectiva comprende –desdoblamiento- los siguientes aspectos:

a. El derecho de acceso a los órganos jurisdiccionales, esto es, el derecho de acción, que comprenderá la pretensión –derecho de alegación de hechos constitutivos, extintivos, impeditivos, invalidativos o modificativos- y por bilateralidad del concepto el derecho de contradicción, con sus manifestaciones de la contradicción propiamente dicha, la oposición y la excepción, todo a lo que sumamos el derecho a la prueba judicial en sentido amplio –donde se encuentran el derecho a la anticipación de medios probatorios, el derecho a un momento probatorio que comprenda el derecho a la apertura de un lapso probatorio, derecho a la proposición de la prueba, derecho a la contradicción de la prueba, derecho a la providenciación de la prueba, derecho a recurrir del auto de providenciación de la prueba, derecho a la materialización de la prueba admitida, derecho a controlar la prueba y derecho a la apreciación y valoración de la prueba incorporada legalmente, mediante una debida motivación, pues de nada sirve el ejercicio de la pretensión y la excepción, si en definitiva no se permite y garantiza

[240] Román J. DUQUE CORREDOR. Constitucionalización del Proceso. En Temario de Derecho Constitucional y de Derecho Público. pp. 170 y ss.
[241] Es el caso del tratamiento que al tema hacen los españoles, quienes al contenido de los derechos fundamentales en el proceso se refieren como garantías.
[242] Véase a Osvaldo Alfredo GOZAÍNI. Ob. Cit. P. 110.

constitucionalmente el derecho a la producción de las prueba de las afirmaciones o negaciones de hecho.

b. El derecho de obtener una sentencia judicial, esto es, a obtener por parte del órgano jurisdiccional la "jurisdicción", el pronunciamiento cualquiera sea su contenido, donde se tutelen los intereses de los particulares, mediante la aplicación de la ley al caso concreto o mediante la equidad, según el caso, de manera que como parte de la tutela judicial efectiva encontramos una decisión judicial tuteladota de los intereses particulares, pero no cualquier sentencia, no cualquier pronunciamiento, se trata de una decisión judicial que como acto lógico y volitivo, debe estar motivada, en forma racional, razonable, congruente, lógica, no absurda, más aún, no arbitraria, que se ubique en el marco de la legalidad, sin estar inficionada de falencias de procedimiento o juzgamiento determinantes y capaces de demoler o destruir el acto sentencial –es a lo que nos referimos cuando señalamos que se trate de una sentencia que no sea "jurídicamente erróena"-.

c. El derecho a recurrir de las decisiones perjuidiciales, esto es, el conocido derecho constitucional de acceso a los recursos judiciales, doble grado de jurisdicción, doble instancia, que permite que todo sujeto agraviado o perjudicado por una decisión judicial, pueda acudir ante un órgano jurisdiccional de alzada en forma vertical, para que sea revisado el pronunciamiento judicial, indiferentemente que el acto sentencial se encuentre inficionado o no de falencias o yerros de procedimiento o juzgamiento que conduzcan a su demolición, derecho que comprenderá o involucrará entre otros aspectos, el derecho a un lapso razonable para ejercitar los recursos judiciales, el derecho a providenciación del recurso y su admisión de cumplir con los requisitos objetivos y subjetivos del medio recursivo, derecho a la tramitación del recurso, derecho a la presentación de informes escritos o de una audiencia para fundamentar el recurso, derecho a la producción de pruebas en el recurso, derecho a un pronunciamiento judicial oportuno y motivado que resuelva el recurso.

d. Por último, encontramos el derecho a ejecutar las decisiones judiciales una vez que hayan quedado definitivamente firme o los actos procesales de auto-composición capaces de ser ejecutados, como la transacción y el convenimiento, lo que involucra el derecho a la cosa juzgada, tanto formal como material, ejecución que debe ser eficaz y efectiva, pronta, no retardada, así como el derecho a la tutela cautelar a través de medidas nominadas o innominadas según se trate, pues precisamente la protección cautelar permite garantizar la eventual y futura ejecución de la sentencia.

Pero **¿a qué se refirió el constituyente cuando reguló el derecho a la tutela judicial efectiva?**

Como hemos dejado expresado en otra oportunidad,[244] de una simple apreciación por demás general y poco técnica del título, puede llegarse a establecer, que se trata de un derecho constitucional procesal de carácter jurisdiccional, que ostenta todo sujeto de obtener por parte de los órganos del estado, especialmente del judicial en el marco de procesos jurisdiccionales, de la protección efectiva o cierta de los derechos peticionados y regulados en el estamento jurídico, no solo fundamental sino de menor categoría, pues en definitiva es proteger judicialmente y de manera efectiva los derechos del ciudadano, siendo esta una definición o noción vaga e insistimos, poco técnica de lo que debe entenderse como el derecho a la tutela judicial efectiva a que se refiere el artículo 26 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

El profesor argentino Osvaldo Alfredo GOZAÍNI, al tratar el tema señala que la tutela judicial efectiva como derecho surge de la Constitución española, concretamente de su artículo 24.1, que a su vez tiene su precedente en el artículo 24 de la Constitución italiana, el cual pretende asegurar algo más que el derecho de acceso a los órganos de administración de justicia, que de por sí supone ver al proceso como garantía anterior a la jurisdicción, tratándose de afirmar la legalidad absoluta durante el proceso.

De esta manera una protección efectiva de los derechos y garantías supondrá el derecho de acceder a la jurisdicción sin restricción u obstáculos arbitrarias, absurdas, excesivas, formalistas e irrazonables de manera que no se trata de un acceso irrestricto a la jurisdicción, sino mediante y conforme a los mecanismos legales, primándose el principio constitucional de *favor actionis o pro actione;*[245] que en la búsqueda por un servicio judicial efectivo, esto es, de una tutela judicial efectiva, la jurisdicción colabore en la realización de dicha tutela o protección; que el proceso se desarrolle sin ficciones absurdas; que la sentencia sea dictada en forma motivada y razonada, temas todos éstos propios y caracterizadores de un proceso constitucional.

Expresa el precitado profesor argentino, que hablar de "tutela" supone muchas veces referirse a una autoridad que, en defecto de la paternidad o la maternidad, se confiere a otro para cuidar de la persona o de los bienes de aquel que por minoría de edad o por otra causa no tiene plena capacidad civil; pero también significa guiar, proteger, defender a una persona, de manera que cuando se le incorpora el término "judicial" como sucede cuando el constituyente –en nuestro caso- se refiere al concepto "tutela judicial efectiva", cabe deducir que se refiere a la defensa o protección que debe ser garantizado por el órgano jurisdiccional.[246]

---

[244] Véase nuestro trabajo titulado Tutela Judicial Efectiva y Otras Garantías Constitucionales. Editorial Paredes. Caracas, 2007.
[245] Ver también a Joan PICÓ I JUNOY. Las Garantías Constitucionales del Proceso. Editorial J.M. Bosch. Barcelona, 1997. pp. 45 y ss.
[246] Ver Osvaldo Alfredo GOZAÍNI. Ob. cit. pp. 105 y ss.

Lo precisado carece de tecnicismo procesal, pues si en puridad de verdad lo que se constitucionalizó es la protección judicial efectiva de los derechos, de ahí que hay quienes prefieran referirse a la tutela efectiva judicial, el enunciado "tutela judicial efectiva" involucra un conjunto de derechos -garantías para unos, principios constitucionales procesales para otros- que de manera efectiva, cierta, segura y seria, protegen o defienden judicialmente los derechos de los justiciables, bien sean de carácter procesal o de carácter constitucional, incluso de carácter sustantivo, pues la tutela judicial efectiva involucra un conjunto de derecho constitucionales procesales que de manera conjunta o individual, enunciativa y no limitativa, tiende a proteger en el proceso jurisdiccional, los derechos que se ventilan en el proceso judicial, tienden a permitir al ciudadano acceder a los órganos jurisdiccionales y a obtener de él un pronunciamiento judicial que resuelva sus conflictos judiciales, mediante el dictado de sentencias que sean el producto de un proceso limpio o inmaculado, donde se hayan garantizado los derechos constitucionales mínimos que permitan expresar que se han respetado las reglas del juego constitucional procesal, donde cada uno de los sujetos que intervinieron en el mismo, tuvieron la posibilidad de ejercitar sus derechos , sus defensas, medios de ataque entre otras figuras.

La noción de tutela judicial efectiva, de manera general comprende el deber de la "jurisdicción", del órgano jurisdiccional de garantizar la protección y defensa sería y cierta de los derechos constitucionales procesales en el proceso, presenciando y garantizar un debate judicial protegido o tutelado de manera segura y efectiva, que en línea general permita decirse que se estuvo en un proceso judicial donde prevaleció la garantía de los justiciables a un proceso con los derechos mínimos, donde se permitió el derecho de acceso a los órganos jurisdiccionales, el derecho a defenderse o ensayar defensas, el derecho a producir la prueba de los hechos, a obtener del estado un pronunciamiento judicial, el derecho a revelarse contra aquella decisión adversa y en definitiva, el derecho a materializar el pronunciamiento del Estado en el caso concreto, de manera voluntaria o forzosa, circunstancias éstas que nos permiten afirmar, que la noción de la denominada "tutela judicial efectiva" no permite ofrecer un concepto o definición único, unitario, sólido y que ampare o comprende todos sus elementos, pues precisamente la amplitud de sus elementos componentes, es lo que debe entenderse por tutela judicial efectiva, resultando en consecuencia más fácil referirse a la noción de tutela judicial efectiva, como un conjunto de derechos constitucionalizados que permiten obtener una justicia tutelada por el Estado de manera efectiva, pero no por cualquier sujeto que encarne al estado, sino por el titular de la "jurisdicción" activada mediante el ejercicio de la acción y que en suma genera proceso como instrumento de la jurisdicción, lo que quiere decir que esa protección o defensa seria y cierta de los derechos fundamentales en el proceso, esto es, la tutela judicial efectiva, al estar íntimamente ligado con los institutos de la "jurisdicción", "acción" y "proceso", se produce exclusivamente en el ámbito del Derecho procesal, en

el ámbito de la jurisdicción, lo que por criterio en contrario nos permitirá afirmar, que el derecho consagrado en el artículo 26 constitucional, reducido al ámbito jurisdiccional, excluye su aplicación y lógicamente, su eventual vulneración o amenaza, por parte de otros órganos de la Administración Pública.

Lo anterior podemos resumirlo de la siguiente manera: *La tutela judicial efectiva es un derecho constitucional de naturaleza exclusivamente jurisdiccional, que como derecho complejo es concebido con derecho fundamental a la jurisdicción, no limitado al simple acceso, sino que involucra otros aspectos señalados anteriormente*; incluso al producirse el proceso judicial –tal como lo veremos- se activan los otros derechos constitucionales procesales, concretamente el debido proceso a que se refiere el artículo 49 constitucional para nosotros.

Jesús GONZÁLEZ PEREZ al tratar el tema se refiere al derecho a la tutela jurisdiccional como aquel que tiene toda persona que se le "haga justicia"; a que cuando pretenda algo de otra, esta pretensión sea atendida por un órgano jurisdiccional, a través de un proceso con unas garantías mínimas. Refiriéndose al derecho que el artículo 24 de la Constitución española reconoce, indica que [...] *no es otro que el derecho de acceso al proceso sea a un proceso no desnaturalizado, que puede cumplir su misión de satisfacción de pretensiones que se formulen. Lo que no supone en modo alguno un derecho a obtener una sentencia favorable, ni siquiera una sentencia en cuanto al fondo*." Que respecto a su contenido el artículo 24.1 de la precitada Constitución española reconoce el derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que en ningún caso pueda producirse indefensión, que en definitiva y en base a la desafortunada redacción, supone que toda pretensión frente a otro fundada en el ordenamiento jurídico, sea atendida por un órgano estatal independiente, en un proceso investido de garantías que hagan posible una defensa adecuada.

Nos dice el maestro español que la tutela jurisdiccional despliega sus efectos en tres momentos distintos: primero en el acceso a la Justicia; segundo, una vez en ella, donde sea posible la defensa y obtener solución en un plazo razonable; y tercero, una vez dictada la sentencia, la plena efectividad de sus pronunciamientos, lo que resume así [...] *Acceso a la jurisdicción, proceso debido y eficacia de la sentencia*."[247]

Sin perjuicio de lo anotado, en nuestro actual sistema coexisten dos corrientes que tienden a definir el derecho a la tutela judicial efectiva, la primera que ve tal derecho como la suma de todos los derechos constitucionales processales, que ubica en su interior o arropa al debido proceso; la segunda, que diferencia el derecho en cuestión con el debido proceso, aún cuando lógicamente se relacionan por tratarse de derechos constitucionales procesales. Veamos cada una.

1.1.1. Tutela judicial efectiva como suma de todos los derechos constitucionales procesales.

---

[247] Jesús GONZÁLEZ PÉREZ. El Derecho a la Tutela Jurisdiccional. Tercera edición. Editorial Civitas. Madrid, 2001. pp. 33 y ss.

La primera corriente que pretende entender la noción de tutela judicial efectiva, se inclina por considerarla como la suma de todos los derechos constitucionales de aplicación procesal –sea en sede jurisdiccional o administrativa, esta última en el marco de los pertinentes procedimientos- plasmados en los artículos 26 y 49 constitucionales, comprendiendo entre otros, el derecho de acceso a los órganos de administración de justicia donde se garantiza o debe garantizar una Justicia caracterizada por elementos de gratuidad, accesibilidad, imparcialidad, idoneidad, transparencia, autonomía, independencia, responsabilidad y equitatividad, debiendo ser también expedita, sin dilaciones indebidas, sin formalismos y sin reposiciones inútiles –elementos todos estos que no se ubican en nuestro actual y secuestrado Poder Judicial, penetrado completamente por el Poder Ejecutivo, lo que nos permite afirmar que se trata de un sistema constitucional pero antigarantista- derecho al debido proceso, derecho a la defensa, derecho a ser notificados de los cargos que se imputan, derecho al estado de inocencia, derecho de acceso a las pruebas, derecho a la no valoración de pruebas ilícitas, derecho a ser oída en toda clase de procesos, derecho a un tribunal competente, independiente e imparcial, derecho a intérprete, derecho a ser juzgado por jueces naturales, derecho a no confesarse culpable, derecho a no ser juzgada por actos u omisiones no previstos en la ley como delitos, faltas o infracciones, derecho a no ser juzgado por los mismos hechos que hubiese sido juzgado anteriormente, derecho a exigir responsabilidad al Estado y a los jueces por errores judiciales, retardos, omisiones injustificadas, funcionamiento normal o anormal de la justicia.entre otros.

1.1.2. Tutela judicial efectiva como algo diferente a la suma de todos los derechos constitucionales procesales.

Al lado de esta corriente que consideran a la tutela judicial efectiva como la suma de los derechos y/o garantías constitucionales procesales, encontramos aquella otra que considera que el derecho a la tutela judicial efectiva es algo diferente a la suma de los derechos y garantías procesales constitucionales, especialmente, se diferencia del debido proceso, comprendiendo únicamente y según expusimos el derecho de acceso a los órganos jurisdiccionales, el derecho a obtener una sentencia fundada, motivada, razonable o razonada y que no sea errónea o errática, el derecho a recurrir de la decisión o sentencia, el derecho a ejecutar la sentencia o actos equivalentes.

Como hemos venido escribiendo, el derecho a la tutela judicial efectiva contenido en el artículo 26 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, no involucra la suma de los demás derechos –garantías o principios- procesales constitucionales contenidos en el artículo 49 *ejusdem*, ello no obstante a que en sintonía con la corriente anterior, se trata de una noción compleja que no puede

definirse de manera uniforme, pues comprende varios aspectos que se agrupan para dar forma y llegar a lo que puede concebirse como "tutela judicial efectiva".

En la doctrina extranjera, el catedrático español Joan PICÓ I JUNOY, expresa que el derecho a la tutela judicial efectiva comprende, en palabras del Tribunal Constitucional, un contenido complejo que incluye los siguientes aspectos: a. El derecho de acceso a los tribunales; b. El derecho a obtener una sentencia fundada en derecho congruente; c. El derecho a la efectividad de las resoluciones judiciales; y d. El derecho al recurso legalmente previsto.

Igual criterio sostiene el también profesor español Alex CAROCCA PÉREZ, para quien la tutela judicial efectiva garantiza: a) La posibilidad de acceder a los órganos jurisdiccionales, dando inicio a un proceso; b) La obtención de una sentencia motivada que declare el derecho de cada una de las partes; c) La posibilidad de las partes de poder interponer los recursos que la Ley provea; y d) La posibilidad de solicitar y obtener el cumplimiento efectivo de la sentencia.[248]

En la legislación española, precedente inmediato de nuestro artículo 26 constitucional como indicaramos, el derecho a la tutela judicial efectiva se encuentra consagrado en la primera parte del artículo 24.1 de la Constitución española, que expresa […] 1. *Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión...*" Conforme al criterio del Tribunal Constitucional Español, el derecho en comento involucra el derecho de acceso a los jueces y tribunal, el derecho a obtener una decisión judicial, el derecho a hacer efectiva dicho fallo y el derecho de ejecutar el mismo.

Por su parte el profesor español GARCÍA MORILLO analizando la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español, define el derecho a la tutela judicial efectiva, como el derecho de todas las personas a tener acceso al sistema de justicia y a obtener una resolución fundada en derecho –y por lo tanto motivada- la cual puede ser de inadmisión cuando concurre una causa legalmente prevista.[249]

Nuestro sempiterno amigo y maestro el maestro Alberto BAUMEISTER TOLEDO,[250] al tratar el tema expresa, que generalmente los judicantes tienden a confundir los derechos en cuestión, esto es, la tutela judicial efectiva y el debido proceso, siendo que el debido proceso –expone- se presenta como un derecho individual de carácter fundamental, integrado por un conjunto de garantías constitucionales procesales mínimas, que permiten su efectividad y cutas bases se encuentran en las garantías que debe tener el ciudadano frente al Estado para que sus asuntos sean tramitados bajo un proceso razonable.

---

[248] Alex CARROCA PÉREZ. Garantía Constitucional de la Defensa Procesal. p.p. 125 a la 133.

[249] Joaquín GARCÍA MORRILLO. Derecho Constitucional. Volumen I. El Ordenamiento Constitucional. Derecho y Deberes del Ciudadano. p. 354

[250] Alberto BAUMEISTER TOLEDO. Garantías Procesales de un Proceso Justo. En XIX Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal.

Para nosotros, como hemos adelantado la tutela judicial efectiva a que se refiere el artículo 26 constitucional, no es la suma de los derechos –garantías o principios- constitucionales procesales, es decir, no involucra el conjunto de derechos -garantías o principios- mínimas que debe reunir todo procesos judicial, según lo expresa el artículo 49 *ejusdem* por el contrario, para nosotros la tutela judicial efectiva es el derecho constitucional que involucra y comprende los aspectos referidos al derecho de acceso a los órganos de administración de justicia, el derecho a obtener una sentencia fundada, razonada, motivada, justa, correcta, congruente y que no sea jurídicamente errónea, el derecho a ejercer los recursos previstos en la Ley, contra las decisiones perjudiciales, el derecho a ejecutar las decisiones judiciales o actos equivalentes, todo en los términos que hemos expresado, y precisamente, el motivo de tal aseveración es porque la suma de los derechos constitucionales que debe regir en todo proceso, se encuentran contenidas en el artículo 49 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, el cual haya su ubicación en el Capítulo referido a los derechos civiles, circunstancia esta de suma importancia para determinar que las derechos –garantías o principios- constitucionales procesales del artículo 26, son total y absolutamente diferentes de las contenidas en el artículo 49, aún cuando guardan estrecha relación o vinculación, más aún, la tutela judicial efectiva es un derecho -garantía o principio- constitucional autónoma, independiente y diferente a cualquiera de los derechos -garantías o principios- constitucionales procesales a que se refiere el debido proceso contenido en el citado artículo 49 constitucional, ello no obstante –insistimos- a encontrarse relacionados o vinculados, pues en definitiva se trata de derechos que deben ser garantizados en el marco del proceso jurisdiccional respetuoso de la tutela judicial efectiva y del debido proceso legal, el primero que puede ubicarse dentro del segundo, de donde inferimos, que la lesión a los derechos mínimas que debe contener todo proceso judicial que se ubican en el debido proceso, no conlleva a la lesión o violación de la tutela judicial efectiva; e igualmente, la lesión o violación al derecho de la tutela judicial efectiva contenida en el artículo 26 constitucional, no involucra, conlleva o produce la lesión o violación del debido proceso legal, aún cuando guardan estrecha vinculación el uno con el otro, hasta el punto de poderse ubicar uno dentro del otro, vale decir, la tutela judicial efectiva como modalidad específica del debido proceso legal.

De esta manera, tomando en consideración la ubicación de las normas constitucionales –artículos 26 y 49- el derecho a la tutela judicial efectiva no puede confundirse con el derecho al debido proceso legal y viceversa, tal como sucede en la legislación española, donde el artículo 24.1 constitucional se refiere a la tutela judicial efectiva, en tanto que el artículo 24.2, se refiere a las demás garantías procesales constitucionales diferente a la tutela judicial efectiva; igualmente, al haber el constituyente regulado los derechos constitucionales procesales a la tutela judicial efectiva y al debido proceso legal en normas separadas, es claro que no quiso ligarlas ni confundirlas, sino que por el contrario estableció su separación

y autonomía, pues una intención contraria no justificaría su división sino la unión en una misma norma procesal, referida bien al debido proceso, bien a la tutela judicial efectiva, incluso referidas al debido proceso y a la tutela judicial efectiva de manera unísona. En este sentido, la regulación constitucional de los derechos constitucionales procesales en cuestión, se ubicó en normas separas, contenidas en capítulos que desarrollan derechos diferentes, lo que marca su autonomía como derechos constitucionales procesales.

Pero el elemento determinante y diferenciador de estos derechos constitucionales procesales, precisamente se ubica en el hecho que los derechos constitucionales procesales comprendidos en la tutela judicial efectiva, son de aplicación exclusiva y su eventual vulneración sólo puede darse en el ámbito jurisdiccional, esto es, por la jurisdicción, de manera que se trata de un concepto estrechamente relacionado con la ciencia procesal, que como hemos explicado, se trata de un derecho inaplicable en sede administrativa, por la función legislativa o administrativa del Estado; por su parte, el derecho al debido proceso, tiene ubicación, aplicación y puede producirse su eventual vulneración, tanto en sede judicial –jurisdiccional- como en sede administrativa, tratándose de una norma constitucional dirigida tanto a la sede y la función administrativa y legislativa como judicial, lo que marca su diferencia con la tutela judicial efectiva, que como dijimos, solo aplica en la jurisdicción.

Lo antes dicho resulta de vital importancia para el momento de denunciar en sede constitucional –ordinaria por vía recursiva o por vía de acción judicial autónoma- la lesión de derechos constitucionales, pues el hecho que se haya lesionado el derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en el artículo 26 constitucional, no involucrará la lesión al debido proceso legal contenido en el artículo 49 e*jusdem*; y el hecho que se haya lesionado alguno de los aspectos que involucra el derecho al debido proceso legal, no conlleva a la lesión del derecho constitucional a la tutela judicial efectiva, circunstancias éstas que deben ser comprendidas por los operadores de justicia para la aplicación correcta de la norma de derecho al caso concreto, pues en relación a los justiciables, estos son libres de expresar o delatar la violación de ambos derechos al unísono aunque realmente se trata solo de uno de ellos, incluso se les permite incurrir en el error de delatar como vulnerados o amenazados los derechos a que se refiere el artículo 26 constitucional, cuando realmente se trata de la vulneración o amenaza de los derechos recogidos en el artículo 49 *ejusdem*.

Lo anterior no implica ni perjudica la relación de estos derechos, pues en definitiva son derechos constitucionales procesales, como puede suceder con actos que menoscaben o limiten el ejercicio del derecho a la defensa, que pueden conducir a la lesión tanto de la tutela judicial efectiva como del debido proceso, de manera que en el ámbito jurisdiccional, en el proceso judicial son aplicables ambos derechos, ya que su diferencia se presenta es en sede administrativa, donde no aplica la tutela judicial efectiva;

incluso, en la enumeración que hemos hecho –meramente enunciativa- de los aspecto que comprende ambos derechos, algunos de ellos son bifronte o duales, que forma parte tanto del derecho a la tutela judicial efectiva como del debido proceso, tal como sucede con el derecho a la prueba judicial y el derecho de acceso a los recursos judiciales.

En definitiva, el derecho –garantía o principio- a la tutela judicial efectiva comprende derecho de acceso a los órganos de administración de justicia; derecho a obtener una decisión motivada, razonada, justa, congruente y que no sea jurídicamente errónea; derecho a recurrir de la decisión; y derecho a ejecutar la decisión judicial o actos equivalentes, por lo que si se amenazan o violan en el proceso judicial algunas de estos derechos, se vulnerará la tutela judicial efectiva y consecuencialmente el artículo 26 constitucional, no así el artículo 49, el cual establece los derechos –garantías o principios- constitucionales procesales del debido proceso legal, referidos al derecho a la defensa, derecho a ser notificados de los cargos que se imputan, derecho al estado de inocencia, derecho de acceso a las pruebas, derecho a la no valoración de pruebas ilícitas, derecho a ser oída en toda clase de procesos, derecho a un tribunal competente, independiente e imparcial, derecho a intérprete, derecho a ser juzgado por jueces naturales, derecho a no confesarse culpable, derecho a no ser juzgada por actos u omisiones no previstos en la ley como delitos, faltas o infracciones, derecho a no ser juzgado por los mismos hechos que hubiese sido juzgado anteriormente, derecho a exigir responsabilidad al Estado y a los jueces por errores judiciales, retardos, omisiones injustificadas, funcionamiento normal o anormal de la justicia, entre otros.

Siendo esto así, la lesión o violación de la tutela judicial efectiva, no da derecho a denunciar la lesión o violación del artículo 49 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y viceversa.

No obstante a lo señalado, el criterio de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia no se identifica con nuestro criterio pues a su entender,[251] la lesión a cualquiera de los derechos o garantías constitucionales procesales a que se refiere el artículo 49 constitucional, involucra una lesión o violación al derecho a la tutela judicial efectiva a que se refiere el artículo 26 *ejusdem*, por lo que ante la lesión al derecho al debido proceso, es perfectamente viable la denuncia de lesión de la tutela judicial efectiva a que se refiere el artículo 26, criterio este contrario a la doctrina nacional y extranjera que marcadamente diferencian los derechos o garantías de la tutela judicial efectiva y del debido proceso.

A nuestro juicio, existe una marcada diferencia, pues de no ser como lo hemos entendido y como lo explicamos, nos preguntamos entonces ¿por qué existen dos normas al respecto?

---

[251] Sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, de fecha 10 de Mayo de 2001, con ponencia del Magistrado Jesús Eduardo CABRERA ROMERO, Nº 708, Exp. Nº 00-1683.

1.2. Derechos constitucionales de aplicación procesal. Debido proceso.

Dentro de los **"los derechos constitucionales aplicables al proceso",** tanto jurisdiccional como administrativo, también encontramos el llamado **"debido proceso legal",** conocido igualmente como "debido proceso constitucional", "proceso justo", "proceso con todas las garantías", "*due process of law*"[252] –para el sistema anglosajón- o simplemente debido proceso, el cual encuentra su ubicación –entre nosotros- en el artículo 49 constitucional, que de manera enunciativa, en los términos del artículo 22 *ejusdem*, conforme al cual, la enunciación de los derechos y garantías contenidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos, no deberá entenderse como negación de otros que siendo inherentes a la personal, no figuren expresamente en ellos, comprende:

a. Derecho a la defensa y a la no indefensión.
b. Derecho al contradictorio y a ser oído
c. Derecho al juez natural predeterminado por la ley, competente, independiente, donde encontramos el derecho a la imparcialidad judicial.
d. Derecho a un intérprete.
e. Derecho a la asistencia letrada y adecuada.
f. Derecho a un proceso público.
g. Derecho a un proceso con todas las garantías.
h. Derecho a un proceso sin dilaciones indebidas.
i. Derecho a igualdad de armas procesales.
j. Derecho de acceso al sistema probatorio.
k. Derecho de acceso al sistema de recursos judiciales.
l. Prohibición al doble juzgamiento o derecho a no ser juzgado dos veces por un mismo hecho -*ne bis in idem*- también conocido como cosa juzgada.
m. Derecho al resarcimiento por la responsabilidad del estado o de los jueces por los daños causados como consecuencia error judicial, retardo u omisión injustificada.
n. Derecho de igualdad ante la Ley.
o. Derecho a la seguridad jurídica, que involucra el conocimiento y certeza del derecho positivo, la confianza legítima y la expectativa plausible traducida en previsibilidad de consecuencias jurídicas.
p. Principio de informalidad.
q. Derecho a un proceso oral y público.

---

[252] Due Process of Law: Proceso con todas las garantías.

r. Derecho a la no aplicación retroactiva de la ley, salvo casos penales cuando es más favorable, laboral y corrupción.
s. Derecho a criticar a las sentencias y a los jueces.

En el **sistema de procedimiento penal** podemos señalar:

a. Establecimiento de un Derecho penal del acto –principio del acto o de objetividad material del hecho punible- que consecuencialmente rechaza la aplicación de un Derecho penal del autor.
b. Derecho al estado de inocencia.
c. Derecho a la aplicación del principio de favorabilidad –favor *rei*- que junto al estado de inocencia comprende el *in dubio pro reo*.
d. Derecho al *nullum crimen sine lege* –principio de legalidad y tipicidad, donde la configuración de los delitos deben ser consecuencia de una ley de carácter orgánica previa, escrita, estricta y cierta-.
e. Derecho al *nullum poena sine previa lege* –también consecuencia del principio de legalidad-.
f. Derecho a la no aplicación de la analogía en materia penal –consecuencia del carácter estricto derivado del principio de legalidad penal-.
g. Derecho a la correcta aplicación e interpretación de la ley.
h. Derecho al sistema acusatorio.
i. Derecho a ser imputado formalmente, con indicación del lugar, modo y tiempo de los hechos que se incriminan y la calificación jurídica, así como de los hechos en que se basa la acusación.
j. Derecho a estar presente, asistir e intervenir en todos los actos de investigación.
k. Derecho a la asistencia técnica desde el inicio de la investigación.
l. Derecho del imputado y acusado a la comunicación privada con el defensor.
m. Derecho a una investigación integral.
n. Derecho a no ser acusado por hechos no imputados formalmente.
o. Derecho del imputado a declarar en fase de investigación, en caso de detención en flagrancia de hacerlo ante el juez de Control, así como de declarar en fase preliminar y de juicio.
p. Derecho a que la declaración del imputado o acusado según la etapa que corresponde, se realice con todos los derechos, con asistencia letrada, sin juramento ni coacción de ninguna naturaleza.

q. Derecho del imputado y acusado a guardar silencio.

r. Derecho a que el *onus probandi incumbit acusationis* -sin excepción alguna por lo menos en nuestro sistema constitucional que regula el estado de inocencia absoluto y que coloca en cabeza del acusador toda carga probatoria-.

s. Derecho a controvertir los medios probatorios.

t. Derecho del imputado y acusado a conocer la identidad de los declarantes en fase de investigación y testigos de cargo en juicio.

u. Derecho a no prisión por deudas, salvo casos de alimentos, fianzas y restitución de multas.

v. Derecho a la víctima a ser oída en juicio antes de la sentencia.

w. Derecho de la víctima a no revictimizarse, especialmente en materia de pruebas.

x. Derecho a la aplicación rectroactividad de la ley más benigna.

y. Derecho a la nulidad y exclusión de pruebas ilegales e ilícitas.

z. Derecho al juzgamiento en libertad.

aa. Derecho a que la detención judicial sólo sea consecuencia de una decisión judicial motivada, razonable, congruente, proporcional y donde se cumplan los requisitos de ley.

bb. Derecho al tiempo máximo de detención preventiva.

cc. Derecho a la libertad inmediata cuando se declare en la sentencia recurrible el sobreseimiento o absolución.

dd. Derecho a la necesidad de prueba de cargo para destruir el estado de inocencia.

ee. Derecho a que la prueba de cargo suficiente para condenar se forme en audiencia pública, oral y contradictoria, con inmediación del juez que deba sentenciar, salvo la anticipación de medios.

ff. Derecho a la interdicción que un mismo juez y sobre el mismo tema de hecho debatido conozca en instancia y alzada.

gg. Derecho a no ser juzgado dos veces por un mismo hecho incluyendo la jurisdicción indígena.

hh. Derecho a que procesados y condenados sean ubicados en recintos penitenciarios separados.

ii. Derecho a la publicidad del proceso penal.

jj. Derecho del abogado a no ser perseguido por el ejercicio de la defensa.

Debido proceso, como derecho individual de carácter fundamental, es aquel integrado por un conjunto de derechos o garantías constitucionales procesales mínimas, que permiten su efectividad, el

cual encuentra sus bases en la garantía que tiene el individuo por parte del Estado, de un proceso justo, razonable y confiable, al momento de la actuación de los órganos jurisdiccionales o administrativos.

El debido proceso es el concepto aglutinador de lo que ha llamado Derecho constitucional procesal, que como principio constitucional alude a la suma de los derechos y garantías procesales consagradas en la Constitución que le permite al justiciable obtener una justicia pronta y efectiva, de manera que no puede cerrarse el contenido del debido proceso, sino que el mismo debe atender a un elenco de garantías procesales, tales como la celeridad procesal, la motivación, la congruencia, la transparencia, el juez natural, proceso sin formalismos inútiles, la tutela judicial efectiva, el derecho a la defensa, al estado de inocencia, el principio de publicidad y otros similares, derechos y garantías éstas definidas en el artículo 49 constitucionales.

El profesor Osvaldo Alfredo GOZAÍNI, al tratar el tema en estudio en uno de sus trabajos referidos al tema de "Derecho procesal constitucional", expresa que el debido proceso obedece o responde en el constitucionalismo, al concepto formal de cómo debe sustanciarse un procedimiento, aún cuando, al mismo tiempo, reconozca un aspecto sustancial, declarado como principio de razonabilidad, siendo los jueces quienes deben preservar las garantías del debido proceso y aplicar ese principio de razonabilidad en cada una de las decisiones que adopten, carácter bifronte –agrega- que tiene su fuente en el derecho anglosajón a través de la frase *due process of law* que es una variación de la carta magna inglesa de 1215.[253]

Sigue expresando GOZAÍNI, que el concepto del debido proceso, a partir del texto constitucional, especialmente de la jurisprudencia americana, se ha desarrollado en tres grandes sentidos como son: a. *El debido proceso legal, adjetivo o formal*, referido a la reserva de ley y conforme con ella en la materia procesal; b. *El debido proceso constitucional o debido proceso a secas*, entendido como proceso judicial justo, todavía como adjetivo de formal o procesal; c. El debido proceso sustantivo o principio de razonabilidad, entendido como la concordancia de todas las leyes y normas de cualquier categoría o contenido y de los actos de la autoridad pública con las normas, principios y valores del derecho de la Constitución.

En cuanto al debido proceso constitucional, agrega el profesor argentino Osvaldo Alfredo GOZAÍNI, que con la aparición de de los derechos humanos es que se fomentó una evolución del concepto de debido proceso, de manera que éste –el proceso- de ser legal, pasó a ser constitucional con el agregado de principios y presupuestos que conciliaban en el argumento de que sin garantías procesales efectivas y certeras, no habría posiblidad alguna de desarrollar los derechos fundamentales, siendo que

[253] Osvaldo Alfredo GOZAÍNI. El Debido Proceso Legal. Pp. 25 y siguientes.

en resumen, el contenido del debido proceso enumero los siguientes aspectos o principios: a. *El derecho a ser oído*, lo que implica el acceso a la justicia sin restricciones personales ni económicas; b. *El derecho al proceso*, que se fracciona en puntualizaciones como las garantías de alegación, prueba y defensa de los derechos, dentro de un esquema confiable y que le garantice seguridad personal y jurídica, a través de un abogado idóneo y de confianza, amparado en la publicidad del proceso; c. *El derecho a un plazo razonable*, ya sea en el tiempo para ser oído, como en el tránsito por las distintas etapas judiciales, acordándose al efecto un derecho indemnizatorio cuando se acrediten los perjuicios producidos o sufridos por la demora injustificada de los tiempos del proceso; d. *El derecho a un juez natural*, que a su vez sea competente, independiente e imparcial, donde se establezca el derecho a una sentencia motivada y razonable, dando soluciones apropiadas a la pretensión deducida; y e. *El derecho a la utilidad de las sentencias*, donde se produzca una decisión que pueda ser cumplida dentro de un plazo razonable.

En el sistema constitucional venezolano, encontramos que la institución del proceso se encuentra constitucionalizado en el artículo 257 que expresa: *"El proceso constituye un instrumento fundamental para la realización de la justicia."*. En la teoría general del proceso, especialmente en las instituciones fundamentales a partir de las cuales se construye el Derecho del proceso, el Derecho procesal civil, vale decir, la trilogía estructural del Derecho procesal, no solo se ubica o haya la "jurisdicción" y la "acción", sino también el "proceso", que como consecuencia de su constitucionalización, ha perdido su fin en sí mismo, para pasar a ser una herramienta más para la realización de la Justicia.

De esta manera el proceso no es un fin en sí mismo, no es un conjunto de actos que tienen función y finalidad propia, por el contrario, producto de su constitucionalización, constituye una herramienta, un instrumento utilizable para alcanzar uno de los valores fundamentales y superiores del ordenamiento jurídico constitucional, a partir del cual se construye el texto constitucional contentivo de los derechos y garantías fundamentales, como lo es, la *jJusticia*, esta última –que como valor superior del ordenamiento jurídico- que se logra o alcance mediante la solución de controversias subjetivas sometidas al imperio del Estado –jurisdicción- donde cada parte expone sus argumentos de hecho y de derecho que obedecen a su verdad o interés, acreditable por vía de los medios de prueba que se aporten al proceso, todo lo que al final demuestra la afirmación procesal que será vertida en una decisión judicial que contendrá o expresará la voluntad de la ley en el caso concreto, alcanzándose así la justicia negada extraprocesalmente y reconocida judicialmente; en este sentido, el proceso sirve como instrumento para alcanzar el Valor Superior del ordenamiento jurídico, como lo es la Justicia, todo lo cual discurre en un conjunto de actos que van desde la presentación de la demanda o acusación contentiva de la pretensión hasta la materialización o ejecución de la sentencia que llegue a dictarse en un plazo razonable, lo que no

es otra cosa que el procedimiento o trámite del proceso que conforme al texto constitucional, debe estar simplificado y debe adoptar un carácter breve, oral, público y contradictorio.

En nuestro sistema constitucional procesal, son éstos los derechos constitucionales que rigen en el proceso, que con respecto al proceso judicial, involucra tanto los comprendidos en el artículo 26 como en el artículo 49, no así los procesos administrativos, donde no aplica la tutela judicial efectiva.

1.3. Garantismo.

Comencemos preguntándonos ¿Que se entiende por garantismo? Garantizar es asegurar, afianzar, proteger, defender, tutelar algo que llevado a la ciencia jurídica se traduce en tutela de los derechos y bienes individuales, de manera que un instrumento garantista será aquel que ofrece la defensa de los derechos y bienes de los individuos frente a su agresión por parte de otros individuos o del Estado, a través de interdicción, limitaciones y vínculos al poder con la finalidad de maximizar la realización de esos derechos y minimizar sus amenazas.

La "teoría del garantismo" es una teoría propia del "Estado Constitucional de Derecho" que tiene como objetivo la construcción de derecho y tutela de libertades del individuo frente a las diversas o variedad de formas como se ejerce arbitrariamente el poder, no siendo simple legalismo, no es compatible con la falta de limitación jurídica del poder legislativo, pues la mera sujeción del juez puede convivir con políticas más autoritarias y antigarantistas; teoría que arranca de las ideas de LOCKE y MONTESQUIEU, conforme a la cual del poder hay que esperar un potencial abuso que es preciso neutralizar haciendo del derecho un "sistema de garantías", de límites y vínculos al poder para la tutela de los derechos, de manera que el "garantismo" es lo totalmente opuesto al "totalitarismo" y el "decisionismo" en derecho, propugnando frente el primero la democracia sustancial y frente al segundo, el principio de legalidad.

Dice el maestro italiano Luigi FERRAJOLI que aun cuando recibido el modelo penal garantista tanto en la Constitución italiana como en otras Constituciones, con parámetros de racionalidad, justicia y legitimidad de la intervención punitiva, se encuentra ampliamente desatendido en la práctica, tanto si se considera la legislación penal ordinaria como si se mira la jurisdicción y peor aún, las prácticas administrativas y policiales, divergencia entre el modelo normativo constitucional y la ausencia de efectividad en los niveles inferiores que comporta el riesgo de hacer de aquel una simple fachada, con meras funciones y mistificación ideológica del conjunto, circunstancia de donde precisamente se ha construido la teoría del "garantismo" que en el campo penal se basa en una réplica del creciente desarrollo de la precitada divergencia, así como de las culturas jurídicas y política que las han avalado, ocultado y

alimentado, generalmente bajo el argumento de la defensa del estado de derecho y del ordenamiento democrático; que en base a lo expresado pueden ensayarse tres acepciones de la palabra "garantismo", diversas pero relacionadas entre sí.[254]

Conforme a la primera acepción, "garantismo" designará el **"modelo normativo de derecho**", que respecto al sistema penal, se referirá al modelo de la "estricta legalidad" propio del estado de derecho, que en el plano epistemológico se caracteriza como un sistema cognoscitivo o de poder mínimo, en el plano político como una técnica de tutela capaz de minimizar la violencia y maximizar la libertad y en el plano jurídico como un sistema de vínculos impuestos a la potestad punitiva del Estado en garantía de los derechos del ciudadano, de manera que será "garantista" todo sistema penal que se ajuste normativamente a este modelo y lo satisfaga de manera efectiva, lo que se medirá al comparar o distinguir entre el modelo constitucional y el funcionamiento efectivo del sistema.

La segunda concepción del "garantista" indica FERRAJOLI se refiere a la **"teoría del derecho y crítica del derecho"**, que designa una teoría jurídica de la "validez" y la "efectividad" como categorías distintivas no solo entre sí, sino también respecto a la "existencia" o "vigencia" de las normas, de la manera que la palabra "garantismo" expresará una aproximación teórica que mantendrá separado el "ser" y el "deber ser" en el derecho, proponiendo además como cuestión teórica central, la divergencia existente en los ordenamientos complejos entre modelos normativos –tendencialmente garantistas- y práctica operativas –tendencialmente anti-garantistas- interpretándola mediante antinomias que subsiste entre la validez –e inefectividad- de los primeros y la efectividad –e invalidez- de las segundas.

La tercera acepción de "garantismo" se ubica en lo que ha de denominar **"filosofía del derecho y crítica de la política"** que designa una filosofía política que impone al derecho y al Estado la carga de justificación externa conforme a los bienes y a los intereses cuya tutela y garantía constituyen la finalidad de ambos, de manera que el **"garantimo"** supondrá la doctrina laica de la separación entre derecho y moral, entre validez y justicia, entre punto de vista interno y punto de vista externo en la valoración del ordenamiento, entre el "ser" y el "deber ser" del derecho, que equivale a la asunción de un punto de vista únicamente externo, a los fines de la legitimación y de la deslegitimación ético-política del derecho y del estado.

Lo dicho anteriormente lleva a FERRAJOLI a exponernos una **"teoría del garantismo"** donde expresa que […] *Estas tres acepciones de "garantistmo", de las que hasta aquí he proporcionado una connotación solamente penal, tienen a mi juicio un alcance teórico y filosófico general que merece ser explicado. Delinean, efectivamente, los elementos de una teoría general del garantismo: el carácter vinculado del poder público en el estado de derecho; la divergencia*

[254] Luigi FERRAJOLI. Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal. Editorial Trotta. Novena edición. Madrid, 2009.

entre la validez y vigencia producida por los desniveles de normas y en cierto grado irreductible de ilegitimidad jurídica de las actividades normativas del nivel inferior; la distinción entre punto de vista externo (o ético-político) y punto de vista interno (o jurídico) y la correspondiente divergencia entre justicia y validez; la autonomía y la procedencia del primero y un cierto grado de irreductibilidad de ilegitimidad política de las instituciones vigentes con respecto a él. Estos elementos no valen sólo en el derecho penal, sino también en los otros sectores del ordenamiento. Por consiguiente es también posible elaborar para ellos, con referencia a otros derechos fundamentales y a otras técnicas y criterios de legitimación, modelos de justicia y modelos garantistas de legalidad –de derecho civil, administrativo, constitucional, internacional, laboral- estructuralmente análogas al penal aquí elaborado".

En resumidas podemos señalar que FERRAJOLI utiliza la expresión "garantismo" como: a. **"modelo normativo del derecho"** o **"modelo del Estado de derecho"** que se caracterizada por ser un sistema de poder mínimo que concibe a los derechos fundamentales como límites, donde se maximiza la libertad y se minimiza la arbitrariedad, por parte del gobernante, proponiendo una reestructuración de la democracia, escindiéndola en dos dimensiones: democracia formal -relacionada con el procedimiento- y democracia sustancial -ligada al contenido de esas decisiones- ésta última que se relaciona directamente con la legitimidad formal y sustancial, creada a partir de la redimensión del concepto de democracia y relacionada directamente con el cumplimiento de las cláusulas del Estado Social y Democrático de Derecho; b. **"teoría jurídica"** como "*iuspositivismo* crítico" opuesto al "*iuspositivismo* dogmático", basada en el aporte de la positivización de los derechos que es propia del positivismo jurídico, que se relaciona directamente con el garantismo, argumentando que mediante la creación del Estado Liberal de Derecho se brindó seguridad jurídica al gobernado, de manera que partiendo de la concepción clásica de validez, vigencia y eficacia de las normas jurídicas propone un "*iuspositivismo* crítico", frente al "*iuspositivismo* dogmático", el primero que sigue el esquema rígido de vigencia de la norma, donde se privilegia la forma de producción de la misma, en lugar de su contenido, en tanto que el segundo se basa en que el juez se encuentra obligado a emitir juicios de validez de las normas, dotando de sustancia a las mismas leyes ante la existencia de lagunas y antinomias en la ley, procurando la discrecionalidad en los juicios de validez que emite; y c**. "filosofía política"** que funda en el Estado el reconocimiento y la protección de los derechos, esto es, la concepción del Estado como un instrumento o fin legitimado para garantizar los derechos fundamentales, de manera que como doctrina filosófica-política permite la crítica de las instituciones jurídico-positivas, según la clásica y rígida separación entre derecho y moral, o entre validez y justicia.

1.4. Conclusiones.

Después de haber hecho algunas referencias al tema constitucional aplicado al proceso, más concretamente, la tutela judicial efectiva y el debido proceso como derecho constitucionales de aplicación procesal ubicados en la teoría constitucional del proceso, así como a la corriente o movimiento del "garantismo", para abordar el tema del derecho probatorio y la prueba judicial como derechos constitucionales de aplicación procesal, necesariamente debemos tener en consideración que dentro del movimiento constitucional aplicado al proceso se presentan un conjunto de derechos que debe garantizar el Estado, que como indicara GONZALEZ PEREZ -ya citado- al referirse a la tutela jurisdiccional, tiene un contenido antes, durante y después del proceso, siendo ello precisamente los citados derechos a la tutela judicial efectiva y al debido proceso; pero de nada sirve la previsión constitucional de tales derechos y su deber de aplicación inmediata aún sin la necesidad de desarrollo legislativo, sino existe efectividad en su aplicación e interpretación por parte de los órganos del estado, especialmente del Poder Judicial.

Lo dicho permite afirmar que en un estado evolucionado de la ciencia jurídica tanto constitucional como procesal, esos derechos o garantías mínimas que deben garantizársele al ciudadano, adquieren rango constitucional o fundamental al ser constitucionalizados, sin perjuicio de aquellos derechos humanos inherentes a la persona que no requieren ser positivados en el texto fundamental, que deben serle reconocidos y amparados aún sin norma expresa que los consagre; pero precisamente cuando el sistema jurídico y constitucional falla, ya no por la falta de previsión o positivación, sino por su aplicación práctica, el sistema constitucional de derechos se hace insuficiente debiéndose acudir a otro método o sistema que garantice a los ciudadanos el cumplimiento y eficacia de sus derechos, surgiendo de esta manera el "garantismo" como instrumento de adecuación y efectivización de esos derechos constitucionales –en nuestro caso, de aplicación procesal-.

El "garantismo" se presenta como el instrumento que permite la aplicación efectiva de los derechos constitucionales cuando por sí éste instrumento falla, vale decir, que complementa y es posterior al "constitucionalismo" cuando este se hace insuficiente e inoperante fundamentalmente por los regímenes políticos de cada pueblo, que y en el caso especial venezolano, ante una Constitución de avanzada que ha positivado de manera amplia y suficiente los derechos de los ciudadanos, en la práctica se trata de derechos de papel, carentes de contenido o vacíos que bien no son aplicados, son ignorados o manipulados en un Estado donde los Poderes se encuentran secuestrados y donde se aplica una democracia partidista –del partido de gobierno- de espalda al texto constitucional, que solo en apariencia es democrática pero que en definitiva solo ha legitimado y constitucionalizado el autoritarismo, bajo la mirada complaciente de un Tribunal Supremo de Justicia absolutamente penetrado e intervenido por el Poder Ejecutivo, concretamente de una Sala Constitucional que desde sus inicios se ha presentado como un instrumento o brazo político del Gobierno -a semejanza del *Conseil des Parteis* originariamente de la

Monarquía francesa y que luego pasaría a formar parte de la Asamblea Revolucionaria sin autonomía ni carácter jurisdiccional- a plena disposición del gobernante de turno para legitimar los atropellos al texto constitucional, para imponer un proyecto político "socialista-comunista" que no solo fue rechazado por la mayoría del pueblo como depositario de la soberanía popular, sino que tampoco se ubica en el texto constitucional.

Lo dicho nos permite afirmar que en el caso venezolano se está en presencia de un Estado teóricamente Democrático, Social, de Derecho y de Justicia, esto es, de un Estado Constitucional, pero antigarantista, sin perjuicio que pueda considerarse como Estado Constitucional desnaturalizado donde el autoritarismo y el militarismo han sido legitimados con la anuencia o complacencia de un Tribunal Supremo de Justicia político y partidista.

Para el tema que nos interesa tratar, como lo es el derecho probatorio y la prueba judicial, nos importa ambas corrientes, tanto el constitucionalismo como el garantismo, el primero respecto a la positivación constitucional del derecho de acceso a un sistema probatorio; y el segundo respecto a la aplicación e interpretación de las normas sustantivas o adjetivas que regulan el tema, en forma amplia, flexible o concretamente garantita, que nos permita observar y comprender la forma como debe ser tratado el tema en el marco de estas corrientes.

2. DERECHO DE ACCESO AL SISTEMA PROBATORIO. Corrección terminológica.

Comencemos este apartado diciendo que el cumplimiento de los derechos constitucionales de aplicación procesal antes analizados, que permiten la protección de los derechos de los ciudadanos, la declaratoria de la voluntad de la ley en cada caso concreto a través de la "jurisdicción" excitada por la "acción" y generadora de "proceso", que mediante ese juicio jurisdiccional hacen posible el reconocimiento o declaratoria del Derecho sustancial o material, mas concretamente, la realización del Derecho material, es lo que la doctrina califica como el **"bloque constitucional".**

En estos términos el profesor colombiano Heliodoro FIERRO-MENDEZ, expresa que el "bloque constitucional" se refiere a la aplicación del Derecho sustancial o material, mediante la declaración de la voluntad de la ley al caso concreto, que es consecuencia de establecimiento de los hechos, del tema fáctico mediante la aportación de la prueba para crear la convicción judicial o simplemente demostrar los hechos debatidos, lo que trae como consecuencia que la prueba sea un tema comprendido en ese "bloque constitucional", vale decir, el garantismo en materia probatoria.[255]

[255] Ver Heliodoro FERRO-MENDEZ. Los Recursos en el Proceso Penal, pp. 97 y ss.. Igualmente y del mismo autor La Prueba en el Proceso Penal.

Pero el tema probatorio amén de formar parte de lo que se llama "bloque constitucional", en el estado actual de nuestro sistema constitucional y en sintonía con lo que hemos identificado como garantismo, encuentra sus bases constitucionales en las normas contenidas en los artículos 26 y 49 constitucionales, que como señalaremos, colocan el tema probatorio en forma inédita en nuestro sistema constitucional y procesal, en la cúspide del sistema, esto es, como un derecho constitucionalizado, positivado o normativizado en el texto fundamental que entremezclado con el "garantismo" permitirá una aplicación eficaz y eficiente, así como una interpretación en estos mismos términos –amplia, flexible, aperturista- lo que en definitiva conduce a concebir la cuestión probatoria como un "derecho a probar", tal como lo expresa el profesor español Joan PICÓ I JUNOY, al señalar que el derecho a probar, es aquel que posee el litigante, consistente en la utilización de los medios de probatorios necesarios para formar del órgano jurisdiccional, acerca de lo discutido en el proceso.

Pero **¿resulta correcto referirse a un derecho de acceso al sistema probatorio?**

En otro momento cuando abordamos este tema erradamente nos referimos indistintamente al mismo como "derecho a la prueba judicial" o "derecho constitucional a la prueba judicial", también como "la prueba judicial como derecho constitucional", sin darnos cuenta que estas expresiones limitaban al tema al ámbito netamente jurisdiccional y concretamente a la noción de prueba como convicción o certeza judicial producto de la verificación de los hechos afirmados o enunciados por las partes como fundamentos de sus diferentes pretensiones, a través de la comparación con las fuentes conducidas al proceso por los medios ofrecidos, de manera que y solo en forma general, las expresiones señaladas podían comprender aspectos del derecho probatorio ubicado en el marco del proceso más allá de la mera noción de certeza, como por ejemplo la noción de medios, procedimiento probatorio y actividad probatoria, lo que lógicamente excluiría otros aspectos esenciales del derecho probatorio como la referida a la realizada fuera del proceso judicial, tales como la heurística, la probática, las fuentes, su aseguramiento y la anticipación de medios.

Pero a la par de lo señalado otro problema se presentaba respecto a la base constitucional del tema, pues para nosotros la prueba como derecho constitucional se ubicaba tanto en el artículo 26 como en el artículo 49, ambos constitucionales, el primero de los cuales la noción de prueba y del derecho probatorio solo podía estar ubicada en el marco del proceso judicial, no así respecto al debido proceso, donde la cuestión podría ubicare tanto en el proceso judicial como en el procedimiento administrativo; así las cosas y ubicándonos en la primera de las normas –artículo 26- al tratarse de un derecho de aplicación exclusivamente jurisdiccional y procesal, tendría que quedar excluido del tema tratado la heurística, la probática antes del proceso, las fuentes, su aseguramiento, la presconstitución de fuentes y

la anticipación de medios, pues en estos casos no nos ubicamos en el proceso, sino antes de él, todo sin perjuicio que dichos aspectos sí pudieran estar comprendidos en el marco del derecho al debido proceso.

Puesto en este estado el asunto, revisada nuestra noción anterior y los trabajos escritos al respecto, es necesario realizar los ajustes correspondientes, especialmente en lo referente a la denominación del tema, para lo cual hemos encontrado un título que comprenderá la actividad probatoria antes y durante el proceso judicial, extensible al administrativo, que incluso puede estar más en sintonía con la redacción constitucional, tal como lo es el **"derecho de de acceso al sistema probatorio**".

Esta noción del tema como indicamos, permite la comprensión de cuestiones extrajudiciales incluso, no dependientes de un proceso judicial futuro como son las fuentes, su búsqueda, preconstitución, aseguramiento, anticipación de medios y la probática –antes del proceso- todo lo que se ubica en ese concepto o denominación mayor de "derecho probatorio" que se diferencia y comprende a la prueba judicial tal como lo hemos analizado en otro momento; pero también es importante destacar que a la expresión "derecho probatorio" le hemos incorporado la frase "sistema" que como tal comprenderá en general los principios, normas, reglas, sujetos, efectos, procedimientos, medios y demás aspectos relacionados con el tema tratado, esto es, con el derecho probatorio y la prueba judicial, todo lo que en definitiva nos permite acercarnos más a una noción general del derecho en estudio desde una visión y fundamentación constitucionalista y garantista.

Es así como debemos comprender la terminología utilizada por el Constituyente de 1999, al señalarnos en el artículo 49 […] *Toda persona tiene el derecho a ser notificada de los cargos por los cuales se le investiga; de acceder a las pruebas y a disponer del tiempo y de los medios necesarios para ejercer su defensa*…", vale decir, que cuando se refiere al derecho de "acceder a las pruebas" en una noción amplia y con interpretación garantista debe entenderse "derecho de acceso a un sistema probatorio" que comprenderá lógicamente la noción de prueba judicial como certeza o convicción y nos permitirá también incorporar en el estudio de la problemática el contenido del artículo 26 constitucional, que como indicamos queda reducido al contenido judicial enmarcado en el proceso de tal entidad. Consecuencia de lo explicado es por lo que abandonamos anteriores criterios limitativos de entender el derecho constitucional únicamente como de "derecho a la prueba judicial".

Hecha la corrección terminológica correspondiente a este tema, entendiendo entonces la cuestión como "derecho de acceso al sistema probatorio", pasemos a definir lo que debe entenderse como tal.

2.1. Derecho de acceso al sistema probatorio. Definición.

Sin perjuicio de las aclaratorias que hemos hecho en el punto anterior, en general la doctrina trata el tema como "derecho a probar" que debe ser entendido no en una noción restrictiva o limitada a la sola prueba judicial, sino más bien a una noción general referida al derecho probatorio. Así por ejemplo en España el profesor Joan PICÓ I JUNOY señala que el derecho a probar se trata del derecho susbjetivo a proponer y materializar los medios de prueba, tendientes a formar la convicción judicial, el cual encuentra ubicación en el artículo 24.2 de la Constitución española, diciendo al efecto […] *El apartado segundo del art. 24 de la Constitución, al enumerar los que grosso modo pueden denominarse derechos constitucionales de contenido procesal, menciona de manera concreta el derecho de todos "a utilizar los medios de prueba pertinentes para la defensa.*". Más adelante al referirse a su concepto y contenido expresa que el derecho a la prueba es aquél que posee el litigante consistente en la utilización de los medios probatorios necesarios para formar la convicción del órgano jurisdiccional acerca de lo discutido en un proceso, que implica el derecho a que se admita toda aquella prueba propuesta por alguna de las partes, respetando los límites de la actividad probatoria y los debidos a los requisitos legales de proposición; que el medio probatorio admitido sea practicado, so pena de presenciarse una clara denegación tácita del derecho; el aseguramiento en la práctica de la prueba de la intervención de la contraparte, tanto en el caso de los medios propuestos por las partes como los acordados oficiosamente por el judicante; el derecho a las diligencias para mejor proveer para los casos de imposibilidad de las partes de realizar algún medio probatorio, a lo que se suma el derecho de las partes de intervenir en dichas actuaciones conforme a las reglas establecidas en igualdad de condiciones; y el derecho a la valoración de la prueba, en forma motivada.[256]

Por su parte para el maestro italiano Michelle TARUFFO, se trata del derecho de la parte de emplear toda la prueba de que dispone con el fin de demostrar la verdad de los hechos en que se fundamenta su pretensión y más recientemente ha señalado que durante las últimas décadas, en muchos sistemas los medios de prueba han sido objeto de atención en el contextos de las garantías fundamentales de la justicia civil, cuyo contenido efectivo de los principios constitucionales supone entender la forma cómo deben ser implementados y efectivizados en el marco del proceso judicial; que según la opinión o criterio dominante el derecho a la presentación de las pruebas relevantes es parte esencial de las garantías sobre la protección judicial de los derechos y del derecho a la defensa, pues la oportunidad de probar los hechos que apoyan las pretensiones de las partes es condición necesaria de la efectividad de tales derechos; que un claro argumento que apoya este principio es que las garantías procesales de las partes serían meramente formales y vacías si se les impidiera presentar todos los medios de prueba relevantes que necesitan para acreditar sus versiones de los hechos litigiosos, de manera que el derecho a presentar

---

[256] Joan PICÓ I JUNOY. El Derecho a la Prueba en el Proceso Civil. Editorial J.M. Bosch. Barcelona, 1996. pp. 18 y ss.

pruebas que estén al alcance de las partes es un aspecto esencial del derecho al debido proceso y debe reconocerse que pertenece a las garantías fundamentales de las partes.

Expresa el insigne maestro italiano que respecto a los "aspectos del derecho a la prueba" que aunque hoy en día se acepta que se debe reconocer el derecho de las partes a la prueba para que el derecho al debido proceso sea efectivo, las cosas son mucho menos claras cuando se pasa de la formulación de un principio muy general a su aplicación específica; que en el terreno de la admisión de pruebas, que las partes tenga el derecho a probar un hecho significa que tienen la facultad de presentar todos los medios de prueba relevantes y admisibles para apoyar su versión de los hechos en litigio, de manera que para la parte que alega el hecho, esto significa que debe tener la posibilidad de presentar todas las pruebas positivas con las que cuente; en tanto que para la parte contraria, supone que debe tenerse la oportunidad de presentar toas las pruebas contrarias o negativas de que disponga en relación con esos hechos. Que desde el punto de vista de las normas relativas a la admisión de la pruebas, el problema debe resolverse simplemente invocando el principio de relevancia, debiéndose admitir todas las pruebas positivas, negativas o contrarias relevantes, no pudiendo las partes pretender la admisión de pruebas irrelevantes.[257]

Jairo PARRA QUIJANO al tratar el tema conforme al principio que denominada "Del Derecho a la Prueba" indica que el mismo ha sido regulado en los diferentes ordenamientos jurídicos, como sucede en el artículo 24 de la Constitución italiana que en su inciso 2° establece […] *La defensa es un derecho inviolable en cualquier estado o fase del proceso*" y en forma explícita en el artículo 24.2 de la Constitución española conforme a la cual […] *todos tienen derecho a utilizar los medios reprueba pertinentes para su defensa, a no declarar contra sí mismo, a no confesarse culpables y a la presunción de inocencia*", conforme a lo cual se vincula el derecho a la prueba con el concepto de pertinencia de la misma; señala que el derecho a la prueba se ubica hoy en la Constitución Política colombiana en el artículo 29 conforme al cual […] *Quien sea sindicado tiene derecho a la defensa y a la asistencia de un abogado escogido por él, o de oficio, durante la investigación y juzgamiento; a un debido proceso público sin dilaciones injustificadas; a presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra; a impugnar la sentencia condenatoria, y a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho*." Nos dice el precitado maestro que el derecho a la prueba comprenderá el derecho al aseguramiento de la misma –anticipación- a que se decreten las pruebas, a que se practiquen las pruebas, a que la prueba regularmente aportada al proceso sea valorada.[258]

---

[257] Michele TARUFFO. La Prueba. Editorial Parcial Pons. Madrid, 2008. pp. 56 y ss. También son partidarios de la prueba judicial como Derecho constitucional, Arturo HOYOS, en su trabajo titulado "El Debido Proceso" y Ángela FIGUERUELO BURRIEZA, en su trabajo titulado "El Derecho a la Tutela Judicial Efectiva", p. 46.
[257] Jorge FÁBREGA. Teoría General de la Prueba. p. 43.
[258] Jairo PARRA QUIJANO. Manual de Derecho Probatorio. Décimo Quinta edición. Editorial Librería del Profesional. Bogotá, 2006. pp. 118 y ss.

Para el jurista panameño Jorge FÁBREGA, la prueba constituye un derecho constitucional ubicado en el derecho a la tutela judicial efectiva y al debido proceso, expresando que de nada sirve el derecho de acción y contradicción, de pretensión y excepción, sino no se da el derecho a probar.[259]

Tomando como premisa el constitucionalismo y el garantismo en el tema de la prueba –en su noción general- que hoy se positiviza en el texto constitcional, podríamos **definir** lo que hemos denominado "derecho de acceso al sistema probatorio" como *un derecho constitucional de aplicación procesal –y procedimental para el caso administrativo- que se ubica de manera directa en el debido proceso constitucional y de manera indirecta o refleja en el derecho a la tutela judicial efectiva, que permite a las partes, tanto en sede judicial como administrativa, desplegar toda la actividad probatoria que va, desde la heurística o investigación de los hechos, la búsqueda de las fuentes, su preconstitución y aseguramiento, la probática antes del proceso y la anticipación de medios, que como consecuencia de la afirmación de los hechos brutos en un contexto institucional contenido en una pretensión o excepción –acusación o defensa- da paso al proceso judicial, que comprenderá el derecho de acceder a un momento probatorio y en él, el derecho a la apertura del lapso probatorio, a la utilización de todos los medios de prueba legales y lícitos, que conlleva a su vez el derecho de cuestionar su admisibilidad, de que sea admitida y materializado el medio con presencia de las partes en bilateralidad y con imparcialidad, para que sus resultas permitan allegar las fuentes que servirán de comparación y en definitiva conduzcan a la certeza o convicción judicial respecto a los hechos debatidos y enunciados en las diversas pretensiones, a través de un análisis motivado, razonado, racional, lógico, legal, lícito, congruente y regular de toda la actividad probatoria.*

La noción general de prueba como derecho constitucionalizado, se refiere a un concepto complejo que comprende un conjunto de sub-derechos que hacen posible materializar el acceso al sistema probatorio como derecho fundamental, así como la defensa y el conocimiento de las fuentes, su medios de producción y el criterio valorativo del judicante, al comprender algo más allá a la simple aportación y acceso, entratándose de una actividad probatoria en conjunto, conformada por actos tanto anteriores al proceso –fuentes, aseguramiento, preconstitución, anticipación de medios, probática- como ubicados en éste, realizados bien por las partes, por terceros o por el propio órgano jurisdiccional, que en definitiva tienden a lograr un resultado, como lo será la convicción judicial, pues y como enunciáramos en otro momento, si bien el derecho probatorio comprende actividades antes del proceso, metajurídicas e independientes de éste, en definitiva el tema de la prueba cobra efectividad e importancia es en el marco de un proceso judicial y para fin concreto

Pero también y como nota novedosa que debe incorporarse a este movimiento garantista en materia probatoria, destacamos la idea de repensar la institución recursiva en materia probatoria, esto es, los motivos que generan la infracción indirecta de la norma jurídica por falencias en la cuestión probatoria, para sustituirla por una causal constitucional y garantista aplicada al tema probatorio, como lo es la

---

[259] Jorge FÁBREGA. Teoría General de la Prueba. p. 43.

"infracción al derecho constitucional de acceso al sistema probatorio y especialmente a la prueba judicial", de manera que cada falencia, desconocimiento, cercenamiento y en general infracción de cualquier de los elementos que descomponen el derecho en cuestión, una prueba no enmarcada en el debido proceso, daría lugar a su planteamiento a través de remedios procesales como la nulidad, reclamo en audiencia, apelación y casación, sin perjuicio de la protección constitucional mediante el amparo, para obtener la protección y corrección del error probatorio que impacta la aplicación del derecho sustancial o material y lesiona las normas del "bloque constitucional".

Lo anterior permitirá sustituir el instituto complejo y burocratizado de la llamada casación sobre los hechos, por un motivo constitucional que permita rever el fallo judicial cuando se lesionan cualquier de los aspectos que comprende el derecho de acceso al sistema probatorio, denunciándose la infracción de las normas del "bloque constitucional" lo que haría más fácil el entendimiento del tema y más eficaz el tema recursivo, ante el complejo y espinoso camino del tema de los hechos en materia recursiva, especialmente en Casación, siendo esta una de las aplicaciones del tema.[260]

Pero decimos que del contenido de los artículos 26 y 49.1 constitucionales, se desprende que el derecho a la prueba judicial, deja de ser un derecho de rango legal, para pasar a formar o constituir un derecho de rango constitucional, específicamente "constitucional procesal" o "constitucional de aplicación procesal", el garantismo probatorio, pues conforme a lo normado en el artículo 49.1 *ejusdem*, "***…Toda persona tiene el derecho [...] de acceder a las pruebas…"***

Esta frase utilizada por el constituyente en el marco de la regulación del debido proceso constitucional, nos permite afirmar, que el derecho a la prueba judicial, a diferencia de la Constitución de 1.961, no es de rango legal sino constitucional, se ha constitucionalizado, ello no obstante a lo poco feliz de la redacción utilizado en el texto fundamental, donde da la apariencia, que el derecho a la prueba judicial, solo se refiere al acceso a la prueba, hecho éste inédito en nuestro constitucionalismo para lo cual basta hacer una simple revisión del tema en nuestros 26 textos constitucionales anteriores, para darnos cuenta que siempre tuvimos debido proceso, no así tutela judicial efectiva en el sentido propio del instituto y el derecho a la prueba como derecho constitucionalizado.

La constitucionalización del tema de la prueba en su noción general –también derecho de acceso al sistema probatorio- no solo forma parte del derecho al debido proceso constitucional –según lo hemos anotado- sino que también forma parte del derecho constitucional a la tutela judicial efectiva a que se refiere el artículo 26 constitucional y se conecta con el contenido de los artículo 2° y 257 constitucionales,

---

[260] Para profundizar sobre este aspecto remitimos al lector a nuestro Tratado de Recursos Judiciales. Estudio garantita de los medios recursivos en el sistema procesal venezolano. Ediciones Paredes. Caracas, 2012. pp. 405 y ss.

pues la tutela comprende el ***"derecho de acceso a la justicia***" mediante la acción materializada con una demanda –o acusación- contentiva de una pretensión que por antonomasia genera derecho de alegación de hechos que sostienen la precitada pretensión y que conducen al derecho a la prueba judicial, lo que por bilateralidad se traslada al demandado cuando ensaya su excepción –o defensa- como materialización del derecho fundamental de contradicción; pero igualmente entre los aspectos que comprende el derecho a la tutela judicial, se ubica el ***"derecho a obtener una sentencia motivada o razonada, congruente y que no sea jurídicamente errónea o falsa"*** motivación que debe ser ***lógica, razonable, racional, no contradictoria, ni errónea o falsa, no absurda,*** que sea el producto de la apreciación del material probatoria llevado a los autos –por las partes u oficiosamente por el juez- para la fijación de los hechos –establecimiento de los hechos- y aplicación de la norma jurídica o de derecho.

El **error en la apreciación probatoria, de manera indirecta conduce a un error de derecho, bien por falsa aplicación y falta de aplicación**, que produce una falencia en la sentencia que puede conducir a la demolición del fallo judicial, circunstancia esta que nos permite afirmar, que siendo la actividad valorativa de la prueba una cuestión que se conecta con el derecho constitucional a la prueba judicial, referido al aspecto de la motivación del fallo judicial, el derecho a la prueba judicial, también es parte del derecho a la tutela judicial efectiva.

La circunstancia anotada nos remite al contenido del artículo 257 Constitucional, pues la realización de la justicia –***ius litigatoris*** **o función** ***dikelógica-*** fin último y esencial del proceso judicial como instrumento que permite cumplir uno de los Valores Superiores del ordenamiento jurídico –artículo 2° constitucional- se logra mediante la prueba, la cual demuestra la verdad para alcanzar o llegar a la justicia.

Lo antes anotado nos conduce a precisar, que en el sistema actual constitucional, el derecho a la prueba en su noción general o más correctamente del "derecho de acceso al sistema probatorio", se ha elevado al rango constitucional, encontrándose regulado en los artículos 26 y 49.1 constitucionales, conectado con los artículos 2° y 257° *ejusdem*, lo que forma parte del denominado "bloque constitucional".

Para terminar este apartado, debemos precisar también que en el estado actual constitucional y democrático de nuestro sistema, donde el derecho de acceder al sistema de prueba está positivado como derecho fundamental, no basta su regulación como tal en el texto constitucional para sentirnos satisfecho, sino que resulta necesario la adición de un componente que dé eficacia y efectividad a tal derecho, y nos referidos al "garantismo" que como corriente del pensamiento nos permiterá una noción y aplicación eficiente del derecho en la realidad cotidiana, especialmente en la judicial, pues a través de ella la aplicación e interpretación constitucional debe ser amplia, garantista, flexible, *pro homine*, a favor del sistema de

prueba que elimine toda traba de la prueba que no se presente como constitucional y garantista de otros derechos de igual o mayor rango.

Hablar de un "derecho de acceso al sistema probatorio" que sea garantita, nuevamente debemos partir del hecho que el "garantismo" se trata de una teoría propia del "Estado Constitucional de Derecho" que tiene como objetivo la construcción del derecho y tutela de libertades del individuo frente a las diversas o variedad de formas como se ejerce arbitrariamente el Poder, que no siendo simple legalismo tiende a frenar el autoritarismo, las antigarantías dé y por quien detenta para el Poder, para evitar la divergencia entre la normatividad del modelo constitucional y la ausencia de efectividad de los derechos y garantías en la práctica. El "garantismo en materia probatoria" se nos antoja, comprende la protección, aseguramiento, afianzamiento, defensa o tutela de los derechos del ciudadano en el marco del sistema de la prueba, tanto en el marco del proceso como antes de él.

La prueba en su noción general y procesal tiene como finalidad esencial la realización del Derecho sustancial o material, la protección de los derechos fundamentales y constitucionales, la protección del bloque constitucional -entendido como la aplicación del Derecho sustancial o material, mediante la declaración de la voluntad de la ley en cada caso concreto, que será consecuencia del establecimiento de los hechos a través de la comparación de los enunciados con las fuentes llevados al proceso por los medios, para en definitiva alcanzar la convicción judicial.

Crear un verdadero sistema "garantista" por lo menos en lo que se refiere al sistema probatorio, es adecuar la normatividad del modelo constitucional vigente y la realidad, vale decir, la eliminación de esa divergencia a la que alude FERRAJOLI entre la normatividad constitucional que plasma de manera amplia los derechos fundamentales y la efectividad práctica del mismo.

En definitiva el "garantismo" aplicado a la prueba judicial nos debe conducir a una reinterpretación del pensamiento probatorio, de la aplicación e interpretación de las normas sustantivas y adjetivas que regulan el tema, donde el judicante debe tomar partido y privilegiar o hacer primar el tema probatorio por encima de toda traba que impida dicha actividad, sea anterior y durante el proceso judicial, pues en definitiva la actividad en cuestión tiende a la convicción judicial, que si bien no es permita alcanzar por cualquier medio y a costa de cualquier precio, sí debe considerarse que en el marco de un debido proceso las limitaciones probatorias válidas son únicamente aquellas que atienda a la protección de otros derechos constitucionales, de ahí la pregunta que nos retumba en el pensamiento:

¿El derecho constitucional de acceder al sistema de la prueba es de regulación legal?

La pregunta ensayada nos coloca en el tema de saber si este derecho constitucional o positivado –fundamental- lo es en la medida y conforme a los términos que indique el legislador ordinario; incluso, si éste –legislador ordinario- tiene o no competencia constitucional para limitar el derecho constitucional

a la prueba en su noción general. Para responder esta pregunta comencemos analizando la doctrina del Tribunal Constitucional español que nos trae el profesor Jesús GONZÁLEZ PÉREZ, en sentencia 246/2000, de 16 de octubre, quien ha señalado que en forma reiterada el Tribunal ha señalado que el derecho a utilizar los medios de prueba constituye un derecho fundamental, inseparable del derecho a la defensa contenido en el artículo 24.2 de la Constitución española que lo reconoce y garantiza a todos aquellos sujetos que sean parte en un proceso judicial, y cuyo contenido esencial se integra por el poder jurídica que se reconoce a quien interviene como litigante en un proceso de provocar la actividad probatoria necesaria para lograr la convicción judicial del órgano judicial sobre la existencia o inexistencia de los hechos relevantes para la decisión del conflicto que es objeto del proceso; derecho que es de configuración legal, cuyo ejercicio ha de someterse a los requisitos de tiempo y forma dispuestos por las leyes procesales, de modo que cuando la inadmisión o rechazo de los medios de prueba sea debido al incumplimiento por parte de los interesados de las exigencias legales, la resolución que así lo acuerde no podría refirmarse como lesiva de la Constitución.[261]

Sigue la sentencia en comento expresando que dada la naturaleza de derecho de configuración legal, en la delimitación del contenido constitucionalmente protegido por el derecho a utilizar medios probatorios pertinentes, coadyuva activamente el propio legislador, por lo que necesariamente la acotación de su alcance encuadra dentro de la legalidad; consiguientemente, su ejercicio ha de acomodarse a las exigencias y condiciones impuestas por la normativa procesal, de tal modo que la *conditio sine quoa non* para apreciar su pretendida lesión que la prueba se haya solicitado en la forma y momento legalmente establecidos; que respecto a la infracción constitucional, esta solo puede surgir cuando se produce inadmisión o falta de materialización de la prueba por causas no imputables a las partes, en la medida que estas sean esenciales para la defensa de las partes y trascendentes para la solución del conflicto judicial, más no cuando se lesionan normas legales procesales de carácter probatorias.

Expresa GONZALEZ PÉREZ que para la invocación de la infracción constitucional al derecho a la prueba, necesariamente debe acreditarse la indefensión producida por tal actividad del órgano jurisdiccional, así como la trascendencia de la lesión, de modo tal que de no haber ocurrido las resultas serian diferentes y favorables al recurrente, esto es, que se haya tratado de un perjuicio real, efectivo y actual al litigante.

El criterio sostenido por el Tribunal Constitucional español nos parece limitado, sin perjuicio de poderse considerar como constitucional pero no garantista, pues y aunque se trata de un derecho fundamental positivado, quedaría en manos del legislador la posibilidad de limitar su uso, incluso contrario al texto constitucional; también observamos del criterio en comento que el ámbito de aplicación

---

[261] Jesús GONZALEZ PEREZ. Ob. cit. pp. 242 y ss.

del derecho se refiere a la noción de prueba judicial, limitada exclusivamente a la actividad probatoria en el marco del proceso y que excluye aquella actividad anterior e independiente del mismo, como las fuentes, su aseguramiento, preconstitución, anticipación de medios, heurística y probática que se ubican en un concepto mayor de "sistema probatorio".

Consideramos que si bien es el legislador ordinario quien debe diseñar el procedimiento a seguir ante los órganos jurisdiccionales, en definitiva, las reglas del juego que comprenderán el debido proceso legal, dentro de las que se ubican el tema del sistema probatorio, no necesariamente debe entenderse que su noción es en forma ilimitada, sino que a tal efecto el legislador debe atender a criterios racionales, razonables, proporcionales y lógicos en sentido constitucional y garantista que permitan la realización de la actividad probatoria sin limitación, salvo para la protección de otros derechos e intereses superiores y constitucionales, como sucede por ejemplo con la prueba ilícita o la investigación de determinados hechos que pueden comprometer los intereses de la República, pero de ahí a considerar el tema probatorio como derecho constitucional de regulación legal ilimitada, hay un gran paso, por lo que no vacilamos en calificar el criterio español como constitucional pero antigarantista.

En Colombia –nos dice PARRA QUIJANO- la Corte Constitucional ha indicado que si bien la Constitución en su artículo 29 confiere al legislador la facultad de diseñar las reglas del debido proceso y por consiguiente la estructura probatoria de los procesos, no es menos cierto que dicha norma impone a aquél la necesidad de observar y regular ciertas garantías mínimas en materia probatoria, pues como algo circunstancial al derecho a la defensa, debe el legislador prever en los procesos judiciales que se reconozca a las partes los siguientes aspectos: a. El derecho a presentar pruebas y solicitaras; b. El derecho de controvertir las pruebas que se presenten en su contra; c. El derecho a la publicidad de la prueba, lo que asegura el derecho de contradicción; d. El derecho a la regularidad de la prueba, donde se observe el debido proceso, siendo nula la prueba obtenida con violación de éste; e. El derecho a que se oficio se practiquen las pruebas que resulten necesarias para asegurar el principio de realización efectiva de los derechos; y f. El derecho a que se evalúen por el juzgador las pruebas incorporadas al proceso.[262]

Respecto a nuestro sistema constitucional, como hemos dicho de manera directa el tema del derecho de acceso al sistema probatorio se ubica en el artículo 49 que expresa […] *Toda persona tiene derecho a ser notificada de los cargos por los cuales se le investiga; de acceder a las pruebas y de disponer del tiempo y los medios adecuados para ejercer la defensa. Serán nulas las pruebas obtenidas mediante violación del debido proceso…*". Observemos que la normativa constitucional transcrita, en forma alguna hace remisión al legislador ordinario para que sea este quien regule a su antojo el tema probatorio, pues no existe –como sucede en otros casos- una expresión que indique tal situación –como sucede cuando se indica por ejemplo "en los

[262] Jairo PARRA QUIJANO. Ob. cit. pp. 177 y 188.

casos y formas señaladas en la ley"-. Lo único que prevé nuestro texto constitucional es la positivación del derecho de acceso al sistema probatorio y la interdicción a que el judicante pueda llegar a la convicción judicial a través de pruebas obtenidas con violación del debido proceso, lo que se traduce en la interdicción a la prueba –*rectius*: medio- ilícita y a la formación de la convicción judicial con medios que incorporen fuentes en una forma diferente al procedimiento legalmente diseñado –debido proceso- que incluye la infracción de principios la oralidad, inmediación, contradicción, concentración e imparcialidad en la prueba –noción general- especialmente cuando se trata de procedimientos de corte oral donde la prueba válida solo será aquella realizada en audiencia oral y con cumplimiento a los precitados principios, sin perjuicio de la anticipación del medio probatorio.

En los términos que venimos señalando, a nuestro parecer el tema del derecho de acceso al sistema probatorio no queda en manos del legislador, especialmente la cuestión de su limitación, ello por falta de remisión del constituyente, de manera que el legislador tiene interdicción de impedir la utilización de medios probatorios, de admitir pruebas o en general de resistirse a la actividad probatoria, salvo que dichas limitaciones sean para la protección de otros derechos o intereses constitucionales y superiores al propio de acceso al sistema probatorio. Lo dicho nos conduce a precisar que y como veremos, cada vez que el legislador impida o interdicte la utilización de de un medio probatorio, el judicante deberá analizar si dicha limitación es constitucional y proporcional para proteger otros derechos de igual o mayor rango, de lo contrario estaremos en presencia de normas inconstitucionales que deben ser superadas por criterios garantistas, amplios y flexibles que favorezcan a la prueba.

¿Cómo justificar que el legislador ordinario tenga más poder que el constituyente, cuando precisamente afirmamos que el derecho de acceso al sistema probatorio es un derecho constitucionalizado, pero de previsión legislativa, donde el legislador dispone a su buen juicio, los casos que permiten el ejercicio del derecho, incluso lo justificamos con criterios de proporcionalidad y razonabilidad? Como indicamos la respuesta debe ser producto de una pregunta ilógica, vale decir, que no resulta justificado ni lógico, que sea el constituyente el que constitucionalice el derecho fundamental de acceso al sistema probatorio, pero que paradójicamente sea el legislador ordinario, quien determine en qué casos se da o no el derecho. Esta incongruencia a esta interrogante es la que nos inclina, nuevamente, a sostener que el derecho al sistema de probatorio, no puede quedar a manos del legislador, quien siempre debe garantizarlo, pues lo único que tiene en sus manos será la mera plasmación de las reglas del procedimiento en donde lógicamente se ubica el momento probatorio.

De manera que concluyendo este punto diremos, que si bien el legislador ordinario debe diseñar el procedimiento a seguir, donde esta ubicado el tema probatorio y de la prueba judicial, lo que en definitiva se presenta el debido proceso, no tiene competencia constitucional para limitar el tema

probatorio, salvo los casos señalados, de manera que al establecer legalmente el debido proceso, el procedimiento legal en cada caso, escrito u oral, respecto al momento probatorio en general, este pasará a formar parte del bloque constitucional, cuya lesión en definitiva se presentan como infracción constitucional y como tal debe ser tratado. Es este el sentido y la interpretación "garantista" del derecho constitucional que analizamos.

3. DESDOBLAMIENTO DEL DERECHO CONSTITUCIONAL DE ACCESO AL SISTEMA PROBATORIO. Introducción.

Hemos venido expresando que el derecho de acceso al sistema probatorio, ha sido constitucionalizado o positivado como derecho fundamental en el artículo 49 de la Constitución de 1999, lo que también se ubica de manera indirecta en el artículo 26 *ejusdem*, más y respecto a la forma como se redactó, como se elevó a rango constitucional el precitado derecho, resulta criticable, pues en principio da la impresión que lo único elevado a rango constitucional fue el "acceso a la prueba" y la interdicción de la utilización de la prueba lesiva del debido proceso, expresión infeliz y pobre propia de un constituyente poco preparado y mal asesorado, cuando lo cierto es que el derecho de acceso al sistema probatorio es más amplio y complicado, qué y como indicamos, no solo trata el tema de la prueba en el marco del proceso judicial, sino de aquellas actividades que le son propias antes y con independencia del proceso, como sucede con la heurística, la investigación, aseguramiento y preconstitución de fuentes probatorias, anticipación de medios y la probática antes del proceso, que no pueden considerarse comprendidas en una noción limitada de la "prueba judicial como derecho constitucional".

En este sentido lo que importa primeramente dejar asentado que es el derecho en estudio está positivado como derecho fundamental, vale decir, tiene naturaleza y rango constitucional; pero también resulta fundamental entender su contenido, lo que y como veremos, va más allá de un simple acceso a la prueba en sentido o noción procesal, así como a la interdicción a la prueba lesiva del debido proceso, comprendiendo:

a. Derecho a la heurística, investigación de los hechos, búsqueda de sus fuentes, preconstitución y aseguramiento, así como anticipación de los medios probatorios.
b. Derecho a un lapso probatorio y a su apertura.
c. Derecho a la proposición de medios probatorios.
d. Derecho a la contradicción.
e. Derecho a la providenciación sobre los medios probatorios propuestos.

f. Derecho a la recurribilidad de la providenciación sobre la admisibilidad o no de los medios probatorios ofrecidos.
g. Derecho a la materialización de los medios probatorios admitidos.
h. Derecho de bilateralidad o control en la evacuación de los medios probatorios admitidos.
i. Derecho a la formación de la prueba en sentido procesal a través de su valoración en la sentencia definitiva.

En este apartado pretendemos analizar el desdoblamiento del derecho de acceso al sistema probatorio, lo que haremos de seguidas aplicando el método de interpretación "garantista" a cada uno de los enunciados anteriores que llenaremos de contenido.

3.1. Derecho a la heurística, investigación de los hechos, búsqueda de sus fuentes, anticipación de medios probatorios, preconstitución y aseguramiento de fuentes probatorias.

Como primer aspecto que comprende el derecho constitucional de acceso al sistema probatorio, precisamente observamos aquellas actividades ubicadas en el derecho probatorio o noción general de la prueba, fuera y antes del proceso judicial, con independencia del mismo, como actividad metajurídica, extrajurídica, a-jurídica o extrajudicial, tales como las fuentes de prueba que consisten en las personas, cosas, lugares o documentos donde los hechos brutos luego de ocurridos dejan su estampación, huella grabación, hechos que pueden tener relevancia y efectos jurídicos en procesos judiciales futuros al ser presupuesto de las normas jurídicas como consecuencia de su invocación o enunciación –afirmación- al fundamento de una pretensión o excepción en cualquier clase de procedimiento. De esta manera el hecho estampado puede ser traslado al proceso para eventualmente servir como fuente de comparación respecto a las afirmaciones de las partes y conducir a la verificación o comprobación de la misma, generando convicción judicial.

Consecuente con lo anterior, observamos que no puede quedar fuera del derecho de acceso al sistema probatorio el tema de las fuentes de prueba, su forma de obtención y resguardo –preconstitución y aseguramiento- lo que es consecuencia de la investigación pública o privada anterior al proceso –heurística- a través de una actividad probática diseñada al efecto, para en definitiva permitir su afirmación o enunciado como fundamento de pretensiones y excepciones que a nuestro entender, tienen regulación constitucional, ello fundamentalmente por el hecho, que para nada serviría la actividad probatoria en el marco de un proceso con el objetivo de crear certeza judicial, si previamente no es protegida la forma de obtener las fuentes que servirán al judicante para comprobar por comparación las afirmaciones de las partes; pero incluso, esto último –afirmaciones o enunciados de hecho institucional realizados por las

partes- consideramos que también queda comprendido en la protección constitucional del derecho de acceso al sistema de pruebas, pues y como expondríamos en otro momento, los hechos no llegan al proceso solos y en bruto sino que deben ser afirmados por las partes como fundamento de sus pretensiones o excepciones en forma institucional y valorativamente dentro del marco de la norma jurídica, todo lo que forma parte del derecho a la tutela judicial efectiva.

Consecuencia de lo anterior es que este derecho de acceso al sistema probatorio, comprende los aspectos mencionados, de los cuales nos interesa en este apartado analizar la preconstitución de fuentes, su aseguramiento, así como la anticipación de medios como parte del derecho que analizamos, para lo cual comenzaremos con éste último.

3.1.1. Anticipación de medios probatorios.

Para MIRANDA ESTRAMPES la anticipación de pruebas en el marco del proceso penal, es considerada como aquella que tiene lugar una vez concluida la instrucción sumarial, durante la fase del plenario y antes del inicio de las decisiones del juicio oral, motivado por la imposibilidad material de que pueda llevarse a efecto durante la vista oral. Dice el citado autor español que la mayoría de la doctrina distingue, atendiendo al momento concreto en que tiene lugar, la prueba anticipada que se practica en la fase de instrucción preliminar o sumario, y la realizada en la fase plenaria o de juicio, una vez iniciado el proceso penal propiamente dicho, y por tanto, decretada la apertura del juicio oral.

Que conforme a esta orientación doctrinaria, es permitida la práctica de un medio probatorio en forma anticipada en los casos que lo acuerde el órgano instructor o en nuestro caso, el órgano jurisdiccional en fase preparatoria o de investigación, cuando se presentan situaciones de dificultad o imposibilidad futura en la realización del medio en la audiencia oral, donde deben cumplirse y garantizarse determinados derechos constitucionales como la presencia de los sujetos procesales –si fuere posible- y la contradicción o bilateralidad, tal y como si se tratara de la prueba practicada en audiencia oral y pública. Esto último es pertinente aclararlo, pues existen criterios conforme a los cuales la anticipación de los medios de prueba solo podrá realizarse luego de concluida la investigación y más concretamente, cuando se está individualizado el imputado, cuando ya existe imputado, a quien se le citará para poder anticipar el medio, de manera que en fase de instrucción si no hay todavía un acto formal de imputación, no podrá hablarse de anticipación de medio sino eventualmente de preconstitución de fuentes que y como veremos, no es más que actos de investigación que no se consideran como actos de prueba; incluso, existen criterios conforme a los cuales no puede hablarse de anticipación de medios de prueba cuando no existe

afirmación como tal de los hechos institucionales, lo que no puede considerarse cumplido en fase de instrucción y con una mera imputación, sino que requiere de una acusación formal.

En este sentido indica el precitado autor español que al distinguir los actos de investigación de los actos de prueba, entendido que los primeros se realizan en fase de instrucción preliminar, en tanto que los segundos tienen lugar en el juicio oral presuponiendo la formulación de las afirmaciones de hechos que van a constituir su objeto, de manera que sería un contrasentido hablar de anticipación de prueba en fase investigación o instrucción preliminar, momento en el cual como tal no hay hechos afirmados que constituirán su objeto, lo que solo se obtendrán como consecuencia de dichos actos de investigación. Dice MIRANDA ESTRAMPES que posiblemente la confusión radique en el hecho de calificar como anticipación de pruebas todas aquellas investigaciones sumariales o de investigación practicada contradictoriamente, cuando la realidad es que éstos no pueden considerarse como actos probatorios, siendo en consecuencia que la prueba anticipada –indica- será aquella propuesta como tal en los escritos de conclusiones provisionales –acusación- y que se practiquen antes del inicio de las sesiones del juicio oral por él propio órgano jurisdiccional que deba decidir, previo el cumplimiento de las garantías constitucionales pertinentes.[263]

DELGADO SALAZAR al referirse a la prueba anticipada en nuestro sistema procesal penal indica, que es aquella que se realiza, en principio, en la fase preparatoria, por razones de urgencia y la necesidad de asegurar su resultado, pudiendo ser apreciada por el juez como si se hubiera practicado en el juicio, siempre que se incorpore allí mediante lectura la lectura del acta que la contiene.[264]

El profesor español Francisco LÓPEZ SIMÓ al tratar el tema de la anticipación de medios probatorios en el marco de la LEC 1/2000 y bajo la denominación de "prueba anticipada", indica que se trata del "adelantamiento" del correspondiente medio probatorio antes del proceso donde se utilizará o antes de la etapa procesal ordinariamente destinada para ello, cuando existe el temor fundado de que por causas de las personas –peligro de muerte de una persona que ha de declarar como testigo- o por el estado de las cosas –peligro de derrumbamiento de un edificio que ha de ser examinado por el tribunal- dichos actos no puedan realizarse en el momento procesal generalmente previsto, todo en los términos del artículo 293.1.[265]

En general la prueba anticipada y más correctamente la anticipación del medio de prueba, es aquella materialización de un determinado medio probatorio antes del proceso, a la oportunidad legal

---

[263] Manuel MIRANDA ESTRAMPES. Ob. cit. pp. 318 y ss.

[264] Roberto DELGADO SALAZAR. La Prueba Penal Anticipada. Editorial Vadell Hermanos. Caracas, 2005. pp. 38 y ss.

[265] Francisco LÓPEZ SIMÓ. Disposiciones Generales Sobre La Prueba. Editorial La Ley. Madrid, 2001. pp. 126 y ss.

correspondiente para su práctica, trátese de procedimientos escritos u orales, cuando existen motivos racionales y fundados que hagan necesaria su anticipación para el aseguramiento de su resultado, como podría ser la urgencia causada por la imposibilidad futura de su práctica, así como la posibilidad que por el transcurso del tiempo, por acción u omisión de sujetos el medio no pudiera realizarse o las fuentes pudieran modificarse o alterarse influyendo en consecuencia en su resultancia, donde deben garantizarse determinados derechos constitucionales, especialmente la contradicción o bilateralidad con la citación de los sujetos interesados en la misma.

En el marco del proceso penal, el tema es regulado por el artículo 289 del Código Orgánico Procesal Penal conforme al cual, cuando sea necesario practicar un reconocimiento, inspección o expertita, que por su naturaleza y características deban considerarse como actos definitivos e irreproductibles, o cuando deba recibirse la declaración que, por algún obstáculo difícil de superar, se presuma que no podrá hacerse durante el juicio, el Ministerio Público o cualquiera de las partes podrá requerir del juez de control que lo realice y si el obstáculo no existiera para la fecha del debate, la persona deberá concurrir a prestar declaración. En la práctica del medio probatorio –sigue indicando la precitada norma- si el juez lo considerara admisible, citará a todas las partes, incluyendo a la víctima aunque no se haya querellado, quienes tendrán el derecho de asistir con las facultades y obligaciones previstas en la ley y en caso de no haberse individualizado al imputado, se citará para que concurra a la práctica de la prueba anticipada al defensor o defensora pública.

Como puede apreciarse del contenido de la precitada norma, con un confusionismo respecto a la preconstitución de fuentes probatorias, así como respecto a los actos de investigación y a los actos de prueba, la anticipación de la prueba se presenta como una actividad probatoria anticipada de evacuación de determinados medios y en casos excepcionales, que pueden tener lugar no solo en la fase preliminar, sino especialmente en la fase de instrucción, preparatoria o de investigación, donde incluso no hace falta ni siquiera la imputación del sujeto ni un acto formal de acusación, momento procesal éste donde se afirman los hechos institucionales que serán debatidos y deberán acreditarse en el proceso con los medios que trasporten las fuentes, éstas últimas que servirán para comprobar o verificar los enunciados por comparación.

Pero insistamos en la cuestión de la existencia de una imputación, pues si no existe para el momento de la petición de prueba anticipada, la norma crea una ficción respecto al resguardo del derecho a la defensa, con la previsión que en este caso se citará al defensor público, lo que para nada puede ser considerado como el cumplimiento del correspondiente contradictorio o bilateralidad que garantice el derecho a la defensa del eventual imputado y acusado, mucho menos que esta situación pueda ser convalidada con su tratamiento y contradicción en la audiencia oral al incorporarse con su lectura, pues

el hecho cierto es que en la materialización o evacuación anticipada del medio probatorio el imputado y luego acusado no estuvo presente, ni por sí –debidamente asistido por un letrado- ni por intermedio de su abogado, de manera que aquí se habría producido una clara indefensión, a propósito de la infracción del derecho constitucional de acceso al sistema probatorio. Lo anterior nos conduce a la afirmación que la anticipación de un medio probatorio sin la presencia efectiva del imputado o acusado, resulta meramente un acto de investigación que pudiendo tener vocación probatoria, como tal no es prueba y no puede mutar a tal por el simple hecho de su incorporación a la audiencia oral mediante su lectura y para su contradicción, pues en definitiva esto es un fraude del ente acusador que genera indefensión, tal como sucede generalmente en nuestro actual sistema procesal penal, donde el Ministerio Público realiza actos de investigación entrometiéndose en la esfera privado de los sujetos sin ni siquiera existir un acto formal de imputación que permita al imputado acceder a las actas correspondiente y ejercitar sus defensas en el marco de una investigación imparcial y objetiva, donde incluso se realizan anticipaciones de prueba que luego pretenden ser presentadas como prueba, siendo lo más irritante del asunto, que ante estas prácticas erráticas, los tribunales avalan la situación permitiendo su incorporación a la audiencia mediante la lectura del acta que contiene la anticipación, convirtiéndola en prueba capaz de destruir el estado de inocencia.

Conforme a la norma en comento, a la anticipación de la prueba en fase de investigación erradamente se le da la categoría de medio probatorio anticipado, pues y como indicamos, no existe un hecho concreto que sea afirmado como fundamento de la acusación, a lo que se suma el hecho que esta etapa del proceso tiene como finalidad individualizar al sujeto que ha cometido el hecho punible, más aún, determinar si efectivamente se ha cometido un hecho punible y recabar las fuentes probatorias correspondientes, vale decir, recabar elementos de convicción que servirán para la fundamentación de la acusación, así como para la defensa, de manera que cuando se afirma que en esta oportunidad pueden anticiparse medios probatorio que con su lectura en audiencia oral se consideraran como legalmente incorporados en el proceso, siendo capaces de servir parea la convicción judicial, como prueba de carga capaz de destruir la presunción de inocencia, en definitiva se está refiriendo es a la preconstitución de fuentes que y como veremos no son actos de prueba sino de investigación.

Destacamos como lo hicimos en otro momento, que los actos de prueba y especialmente cuando se anticipa el medio no se trata de un acto de investigación, de acopio o aseguramiento de fuentes sino un acto de prueba que se está adelantando y que sirve para destruir –como prueba de cargo- la presunción de inocencia, cuya particularidad respecto a la prueba realizada en audiencia oral, es precisamente la anticipación a dicha audiencia, lo que acarrea una relajación del principio de concentración y publicidad, más en nada afecta a los demás principios que deben concurrir para que la prueba pueda ser considerada

dentro del marco del debido proceso, tales como la oralidad, inmediación y especialmente la contradicción o bilateralidad.

Pero respecto a la inmediación, por lo menos en nuestro sistema procesal penal, el problema igualmente se presenta respecto a la competencia del juez en materia de anticipación de pruebas, que conforme a lo previsto en el artículo 289 del Código Orgánico Procesal Penal, corresponde a los jueces de Control, lo que de manera directa se contradice con el contenido del artículo 16 conforme al cual, los jueces que han de pronunciar la sentencia deben presenciar, ininterrumpidamente el, debate e incorporación de las pruebas de las cuales obtienen su convencimiento, vale decir, que tiene que haber una identidad entre el juez de la prueba y el que dicte la sentencia o en otras palabras, será el juez de la prueba el que deba sentenciar y no otro. La contradicción en apariencia no es tal cuando entendemos que la anticipación de prueba es considerada dentro del marco de la etapa de investigación, donde no hay imputación ni acusación y donde el control de la actividad y del respeto a los derechos constitucionales está a cargo de un juez de Control, de manera que más bien se trata de preconstitución de fuentes que no pueden servir como prueba de cargo, de ahí el confusionismo al que hemos referido anteriormente; más cuando el tema de la anticipación es tratado como acto de prueba que necesariamente requiere de una acusación donde se afirmen los hechos que han de controvertirse, lógicamente que la competencia al efecto debe corresponde al juez de la sentencia, vale decir, al juez de Juicio, lo que de por sí permitirá el cumplimiento de la inmediación que estudiamos. Lo dicho nos abona el terreno apara afirmar que la precitada anticipación del artículo 289 del Código Orgánico Procesal Penal, en realidad se presenta más como un acto de investigación que como acto de adelanto de evacuación de medios probatorios.

En este sentido nos dice MIRANDA ESTRAMPES que […] *por tanto, la práctica de la prueba anticipada deberá hacerse bajo la vigencia de los principios de inmediación y contradicción, en presencia del Tribunal sentenciador y con intervención de todas las partes acusadoras y acusadas*.", y más adelante agrega […] *Por su parte, la garantía de contradicción exige que en la práctica de la prueba anticipada estén presentes no sólo el Ministerio Fiscal y las demás partes acusadoras sino, también, y fundamentalmente, el acusado y su Abogado, respetándose así su derecho de defensa. El órgano judicial deberá, pues, notificar y citar previamente, con la antelación suficiente, a todas las partes, para que las mismas tengan conocimiento y puedan acudir a la práctica anticipada de la prueba*.".[266] Señala que en esta materia el derecho a la defensa se verá cumplido cuando: a. Se produzca la citación del acusado y su abogado defensor, cualquiera fuera el caso, con o sin la existencia de razones de urgencia; y b. Que la presencia del acusado es necesaria y obligatoria, por lo que su ausencia justificada impediría, en principio, utilizar la anticipación como material de convicción, cuya única excepción vendría dada por aquellos casos que la incomparecencia fuera el producto de causas injustificadas, al no concurrir motivo legítimo.

---

[266] Manuel MIRANDA ESTRAMPES. Ob. cit. pp. 327 y ss.

3.1.1.1. Diferencia entre anticipación de medios y preconstitución de fuentes.

Para mejor comprensión de lo señalado, veamos la diferenciación que existe entre la anticipación de medios probatorios y la preconstitución de fuentes de prueba, para lo cual seguiremos los estudios del citado autor español Manuel MIRANDA ESTRAMPES, que nos dice que el ámbito de aplicación de la denominada prueba preconstituida es indudablemente el proceso civil, siendo definida por la doctrina –GÓMEZ ORBANEJA- como aquella en que el medio o fuente de prueba preexiste al proceso, o sea, la prueba mediante la cual se trae al proceso una representación ya formada a fin de comunicar al juez por ese medio y fijar en la sentencia la existencia del hecho representado que constituye el *thema probandum*. Que tradicionalmente la prueba en comento es aquella que preexiste al proceso, que se prepara antes del mismo con el propósito de acreditar en el futuro la existencia de una relación jurídica, que suele identificarse con la prueba documental.

Se dice que la prueba preconstituida y la prueba anticipada en el marco del proceso civil no se identifican, sino que aparecen claramente diferenciadas, siendo dos figuras con funciones y alcances diferentes, donde las garantías que presiden su ejecución también distan; así en la prueba preconstituida no interviene el órgano jurisdiccional, al tener lugar antes del juicio y ser consecuencia de la voluntad de las partes de dejar constancia de los hechos que pueden servir para acreditar los hechos en procesos futuros, a diferencia de lo que ocurre en la anticipación, donde se hace necesaria la intervención del órgano jurisdiccional. También se diferencia respecto al tema de la irreproductibilidad del concreto medio probatorio, así como al cumplimiento de los principios y derechos constitucionales que marcan su validez, como la inmediación, contradicción o bilateralidad, oralidad y publicidad, que se encuentran presente en la anticipación más no en la preconstitución de pruebas.

Dice MIRANDA ESTRAMPES que la prueba preconstituida es una figura exclusivamente del proceso civil, de difícil aplicación en el proceso penal, donde las partes preconstituyen aquellos medios o instrumentos, básicamente documentales, que ante la eventualidad de un ulterior proceso, les permita demostrar la propia existencia de la relación jurídica material, así como sus contenido y requisitos, lo que se crea intencionalmente para acreditar el hecho sobre el cual recae, sin necesidad de la existencia de requisitos de urgencia, irreproductibilidad o temor de desaparición, bien por acción u omisión de sujetos u objetos, lo que no ocurre en el sistema penal donde el delincuente comete el hecho de manera clandestina, procurando no dejar huellas del mismo o tratando de ocultarlas. Concluye el precitado autor diciendo que el término prueba preconstituida debería ser desterrada del proceso penal, toda vez que

actúa únicamente como elemento distorcionador y a modo subrepticio para justiciar en muchas ocasiones, la eficacia probatoria de diligencias sumariales, de investigación o policiales.

Sin perjuicio del criterio señalado, lo cierto es que y por lo menos en nuestro sistema procesal penal, la preconstitución de fuentes de prueba se diferencia de la anticipación de medios, principalmente por el hecho que los primeros son actos de investigación y no de prueba, de manera que en base a los mismos el juzgador no puede fundamentar su convicción, ni siquiera con su lectura oral en audiencia, pues ello sería un fraude al derecho, al sistema probatorio y a la defensa; pero también observamos que la preconstitución eventualmente servirá para asegurar y resguardar o estampar las fuentes de prueba, siendo el aseguramiento un resguardo sin necesidad de registro o estampación de la fuente, establecido con la finalidad que no se pierda.

Insistimos que la preconstitución de la fuente no es prueba, es acto de investigación para asegurar, resguardar y eventualmente estampar la fuente, que servirá como elemento de convicción y sustento de la acusación y la defensa, pero con la necesidad de ser debatido en audiencia oral y pública, contradictoria y con inmediación, para que como tal pueda formarse en el proceso la prueba en que el juez pueda fundar su decisión. La preconstitución se forma únicamente con vocación probatoria para la estampación del hecho –fuente- que ha de ser posteriormente trasladado al proceso y ser debatido oralmente en audiencia.

3.1.1.2. Requisitos para la anticipación del medio probatorio.

Respecto a los requisitos que deben concurrir para su práctica, ya hemos adelantado bastante, debiendo ratificarse que el elemento que mueve la necesidad de la anticipación del medio probatorio es la urgencia ante la imposibilidad o irreproductibilidad del medio probatorio, así como la previsibilidad de dicha circunstancia, de manera que en todos aquellos casos que exista ***"temor fundado", "elementos de***

***verosimilitud"*[267], ***"probabilidad"*[268],** incluso mediante ***"juicios apriorísticos o prima facie"*[269]** inspirados en criterios de urgencia, necesidad e inmediatez, de que los hechos o las fuentes puedan desaparecer, se alteren o modifiquen por el transcurso del tiempo o por causa de sujetos u objetos y hagan imposible la práctica de un medio.

De esta manera, cuando exista el temor fundado que los hechos o fuentes relacionadas y pertinentes a una controversia judicial puedan desaparecer o modificarse, produciendo imposibilidad o ineficacia en la práctica de un medio que sirva para acreditar dicho hecho y lograr convicción judicial futura, se permitirá la anticipación para lo cual se requerirá la intervención judicial donde la petición fundada debe ser analizada tomando como base los elementos de verosimilitud, probabilidad, enjuiciamiento *prima facie* o mediante indicios judiciales, incluso, a través de máximas de experiencia,[270] que en definitiva permitan evaluar la situación, la urgencia ante la irreproductibilidad del medio para acordar la diligencia en cuestión.

En este sentido podemos agrupar los requisitos tratados de la siguiente manera:

a. Que el proponente de la actividad probatoria alegue, justifique o demuestre la existencia del temor fundando de que los hechos o las pruebas pueden desaparecer o alterarse por el transcurso del tiempo, por el hecho, acción u omisión de sujetos u objetos, que hagan imposible la práctica del medio probatorio, lo que se traduce en la debida fundamentación respecto a la necesidad y urgencia de la situación ante la previsibilidad que el acto se transforme en irreproducible y definitivo y afecta futuramente a la convicción judicial.

---

[267] Por **"verosimilitud"** entendemos una hipótesis plausible, posible, no probada, que según el orden normal de las cosas, es una situación no probada, de manera que se prescinde de la prueba y se acomoda en las máximas de experiencia. Con SENTIS MELENDO diremos que se trata de apariencia de verdadero, creíble, que no ofrece carácter de duda.

[268] Por **"probabilidad"** debe entenderse todo aquello que puede ser demostrado por conducto de medios probatorios; aquello que no es falso, pero que ciertamente no es verdadero, que requiere de medios de prueba para su demostración. Jordi NIEVA FENOLL, en su trabajo titulado "Enjuciamiento Prima Facie", p. 40, citando a TARUFFO, expresa que es "probable" cuando pueden existir elementos para probarlo, al margen de su credibilidad. Luego, **"probable"** se refiere a la posibilidad de acreditamiento probatorio cuando hay elementos para probarlo, en tanto que **"verosimilitud"** no guarda relación o se conecta con la prueba, sino que las máximas de experiencia, de manera que no obstante a la falta de prueba, el hecho se considera como sucedido.

[269] Por **"enjuciamiento *prima facie*"** se entiende aquel juicio jurisdiccional que producto de la necesidad de rapidez en la toma de la decisión, se hace con las primeras impresiones, siendo lo opuesto al enjuiciamiento pleno. NIEVA FENOLL. Ob. cit. p. 59. Por su parte para SENTIS MELENDO, ***prueba prima facie***, es la referida con las primeras impresiones, que se conecta con la verosimilitud y con las máximas de experiencia, siendo que la *prima facie* y la verosimilitud se conectan con la cantidad de prueba. Ob. cit. p. 95.

[270] Por **"máximas de experiencia"** debe entenderse juicios hipotéticos y empíricos de la vida. Friedrich STEIN en su obra "El Conocimiento Privado del Juez" las define como definiciones o juicios hipotéticos de contenido general e independiente del caso que se examina en el proceso concreto y de los que la componen, obtenidos de la experiencia o de la ciencia, pero no vinculados con los hechos singulares de cuya observación se inducen, y por ellos válidos para todos.

b. Que exista un análisis motivado, razonado, lógico, racional, razonable, y congruente, por parte del operador de justicia, partiendo de elementos de verosimilitud, probabilidad, *enjuiciamiento prima facie* o indicios, que lo conduzcan a acordar la actividad probatoria dada la urgencia y necesidad antes señalada.
c. Que s produzca la citación previa de los interesados en resguardo de sus derechos constitucionales.
d. Que la prueba sea tratada en la audiencia oral mediante la lectura cuando se referiera al sistema oral, en tanto que en el sistema escrito bastará su producción oportuna.

3.1.1.3. Actividades probatorias que pueden anticiparse.

Indistintamente del contenido de las leyes y códigos procesales, estando el derecho de acceder al sistema probatorio constitucionalizado, cualquier actividad probatoria puede ser objeto de anticipación, lo que también opera para la preconstitución y aseguramiento de fuentes, estos últimos con la intervención o no del futuro contendor judicial, lo que se hace necesario en la anticipación so pena de nulidad de la actividad probatoria anticipada. De esta manera, afirmamos que pueden anticiparse cualquier clase de medios de prueba, sean legales o libres, reproducciones, reconstrucciones, experimentos científicos o pericia científica, experticia tradicional, exhibición de documentos,[271] testimoniales, declaración de partes, incluso la confesión provocada, ello no obstante a la limitación contenida del artículo 816 del Código de Procedimiento Civil, que debiera ser desaplica por control difuso, entre otros medios probatorios.

Sin perjuicio de lo anotado y en cuanto a las leyes que regulan la anticipación de medios probatorios tenemos:

a. **Código de Procedimiento Civil**, conforme al artículo 813 referido al retardo perjudicial; artículo 868, referido a la anticipación de la experticia e inspección judicial en el juicio oral, antes del debate oral, según la complejidad de la prueba.
b. **Ley Orgánica para la Protección del Niño, Niña y Adolescente.** Bajo el título de preparación de pruebas, conseguimos el artículo 476 Primer Párrafo, que regula la posibilidad de preparación de los medios probatorios que requieran materialización previa a la audiencia de juicio, donde se convocará a las partes, para el acto que se señale.
c. **Ley de Procedimiento Marítimo**, que conforme a los artículos 9 y 12, el primero referido al sistema del *discovery* o descubrimiento donde se permiten adelantar actos de exhibición y de acceso a lugares para hacer inspecciones, mediciones, fotografías o reproducciones, que

[271] Jorge FÁBREGA. Ob. cit. pp. 33, 298 y 299.

permitirán eventualmente reformar la demanda y su contestación; y la segunda de las norma que prevé la posibilidad de anticipación de testigos, inspección, experticia o reconocimientos, siempre que se justificara la urgencia por el peligro que desaparecieran los medios probatorios.

d. **Código Orgánico Procesal Penal**, que conforme al artículo 289 permite la anticipación de reconocimientos –sea de personas, por la víctima o testigos en rueda de individuos, de voces y sonidos, fotográfico, por medios técnicos o de objeto- inspección –realizada por el juez de Control de garantías y n por el Ministerio Público u órganos de policiales de investigación, que se refieren a actos de investigación- experticias y las declaraciones, sean de expertos o testigos cuando exista algún obstáculo difícil de superar, que haga presumir que no podrá tomarse la declaración durante el juicio.

Por su parte no prevén o regulan tal posibilidad, la **Ley Orgánica Procesal del Trabajo –como era de esperarse, producto del desconocimiento supino de sus creadores-.** Luego, el punto determinante es que la falta de regulación, en nada afecta este derecho, pues como hemos expresado, el derecho al sistema probatorio está constitucionalizado y su regulación, no es de carácter legal, sino constitucional, debiéndose analizar bajo el prisma aperturista y garantista que dota la Constitución.

3.1.1.4. Afectación de los derechos de contradicción y control en la actividad probatoria anticipada. Derecho a la defensa.

El derecho constitucional a la anticipación de los medios de prueba, fundamentalmente requiere de la presencia de los interesados, so pena de nulidad, más no es poco frecuente que en el marco del sistema procesal, se realicen actividades de anticipación de medios sin la presencia del sujeto a quien va dirigida la titularidad del derecho de contradicción, tal como sucede en los casos penales donde y como hemos indicado, se desnaturaliza la figura de la anticipación y confunde con la preconstitución, dándole a los actos de investigación carácter de medio probatorio anticipado que sirve para la convicción judicial.

Pero en el proceso civil la situación no es diferente, pues y salvo el caso del retardo perjudicial, la actividad probatoria anticipada se realiza a espaldas del contendor o futuro contendor judicial.

Los señalamientos anteriores nos llevan a las siguientes preguntas:

a. ¿Cómo queda el derecho a la defensa de la parte contra quien pueda dirigirse la prueba?
b. ¿Cómo queda el derecho de contradicción y control?
c. ¿Cómo quedan los principios de oralidad, inmediación, contradicción y publicidad, especialmente en los procedimientos de corte oral?

Al respecto, observamos que se trata de dos derechos constitucionales en juego. Por un lado, el derecho a la anticipación del medio probatorio que involucra el derecho de pretensión y de excepción;

por otro lado el derecho a la defensa, que también se conecta con el derecho a la prueba e igualmente con los principios de inmediación, contradicción, concentración, oralidad y publicidad. Pero es el caso, que la anticipación del medio de prueba se encuentra revestido de un conjunto de requisitos que hacen permeable, desactivan o atenúan el derecho a la defensa, que pueden conducir a su no lesión del mismo en base a criterios de proporcionalidad y necesidad, pues para la procedencia de la precitada anticipación se requiere de la concurrencia de los requisitos que hemos estudiado antes a saber: a. Que el proponente de la actividad probatoria alegue, justifique o demuestre la existencia del temor fundando de que los hechos o las fuentes pueden desaparecer o alterarse por el transcurso del tiempo, por el hecho, acción u omisión de sujetos u objetos y consecuencialmente no puedan hacerse en el juicio; b. Que exista un análisis motivado, razonado, lógico, racional, razonable, y congruente, por parte del operador de justicia, partiendo de elementos de verosimilitud, probabilidad, *enjuiciamiento prima facie* o indicios, que los conduzcan a acordar la actividad probatoria dada la urgencia y necesidad; c. Que efectivamente, al momento del juicio o proceso judicial a donde esté dirigida la prueba anticipada –en sentido general- los hechos o las pruebas objeto de la actividad probatoria, hayan desaparecido o se hayan modificado, a lo que agregamos, que sea necesario, la petición de la parte que no estuvo presente en la práctica de la prueba y que así lo considere el tribunal, esto es, que la parte no presente en la actividad probatoria, manifieste o solicite en el proceso judicial, el deseo y necesidad de controlar la prueba, como por ejemplo sucede con la prueba de testigos, donde han cesado todos los inconveniente u obstáculos para declarar en juicio; y d. Que la prueba sea tratada mediante la lectura, si se trata de proceso orales.

De esta manera, mediante el cumplimiento de los requisitos señalados, puede atenuarse la falta de cumplimiento del derecho de contradicción y control, del derecho a la defensa, incluso de los principios de contradicción, oralidad, contradicción e inmediación, siendo que el elemento esencial será, la ***debida motivación*** a que está obligado el operador de justicia al momento de acordar la actividad probatoria anticipada, motivación que dependerá incluso de la argumentación de la solicitud, pues el análisis judicial debe hacerse en función a los pedimentos y sus motivaciones, so pena de incurrir en extralimitación –adición ilegal- de actividad jurisdiccional que lesionaría el principio dispositivo, de congruencia y de aportación de parte.

Es interesante en este punto referirnos al contenido de la LEC 1/2000, que ne materia contradicción indica en el artículo 295 que […] *1. Cuando la prueba anticipada se solicite y acuerde practicar antes del inicio del proceso, el que la haya solicitado designará la persona o personas a las que se proponga demandar en su día y serán citadas, con al menos cinco días de antelación, para que puedan tener en el práctica de la actuación probatoria la intervención que esta Ley autorice según el medio de prueca de que se trate. 2. Si estuviese ya pendiente el proceso al tiempo de practicar prueba anticipada, las partes podrán intervenir en ella según lo dispuesto en esta Ley para cada medio de*

prueba." Pero se pregunta el profesor español LÓPEZ SIMÓ ¿qué sucede en el supuesto de que la demanda posterior se dirija frente a una persona que no fue designada, ni consecuencialmente citada o que la citada no fuera la demandada? Al respecto responde diciendo que debe realizarse nuevamente la prueba en juicio y que la anticipación no tendría ningún valor probatorio por haber faltada este requisito esencial, en cuyo caso y en los términos del artículo 295.4 de la LEC la anticipación sería valorable por sana crítica,[272] señalando al efecto la citada norma […] *La prueba practicada anticipadamente podrá realizarse de nuevo si, en el momento de proposición de la prueba, fuera posible llevarla a cabo y alguna de las partes así lo solicitara. En tal caso, el tribunal admitirá que se practique la prueba de que se trate y valorará según las reglas de la sana crítica tanto la realizada anticipadamente como la efectuada con posterioridad.*"

Sin perjuicio de lo señalado, apostando al guaranismo que efectivice los derechos, especialmente en el proceso penal, afirmamos que para la validez de la anticipaciónde medios, cualquiera sea el motivo, además del cumplimiento de los requisitos señalados, siempre será necesaria la citación del contendor judicial o su abogados –acusado y su abogado- previa la existencia de una acusación, de manera que y en caso de no concurrir éstos elementos, sin perjuicio del contenido del artículo 289 del Código Orgánico Procesal Penal, siempre estaremos en presencia de meras "preconstituciones de fuentes probatorias" como actos de investigación que y aún con vocación probatoria, no sirven como prueba de cargo suficiente para destruir el estado de inocencia, salvo su judicialización correspondiente, de manera que la fuente sea aportado al proceso oportunamente y debatida en audiencia públca, oral y conradictoria.

3.1.2. Preconstitución de fuentes probatorias.

Hemos adelantado ya que la preconstitución de fuentes de prueba mal denominada prueba preconstituida, es aquella en que el medio o fuente de prueba preexiste al proceso, o sea, la prueba mediante la cual se trae al proceso una representación ya formada a fin de comunicar al juez por ese medio y fijar en la sentencia la existencia del hecho representado que constituye el *thema probandum*; se trata de aquella que tradicionalmente ha sido considerada como preexistente al proceso, que se prepara antes del mismo con el propósito de acreditar en el futuro la existencia de una relación jurídica, que suele identificarse con la prueba documental y que se diferencia de la prueba anticipada tal como hemos visto.

En esta actividad que también se encuadra arropada por el derecho constitucional de acceso al sistema probatorio, las partes preconstituyen aquellos medios o instrumentos, básicamente documentales, que ante la eventualidad de un ulterior proceso, les permita demostrar la propia existencia de la relación jurídica material, así como sus contenido y requisitos, lo que se crea intencionalmente para acreditar el

[272] Francisco LÓPEZ SIMÓ. Ob. cit. p. 131.

hecho sobre el cual recae, sin necesidad de la existencia de requisitos de urgencia, irreproductibilidad –irrepetibilidad- o temor de desaparición, producto de la acción u omisión de sujetos u objetos.

La preconstitución de la fuente no es prueba, es acto de investigación para asegurar, resguardar y eventualmente estampar la fuente, que servirá como elemento de convicción y sustento de la demanda o la contestación, de la acusación y la defensa, pero con la necesidad de ser debatido en audiencia oral y pública, contradictoria y con inmediación- cuando se trata de procedimientos orales- para que como tal pueda formarse en el proceso la prueba en que el juez pueda fundar su decisión. La preconstitución se forma únicamente con vocación probatoria para la estampación del hecho –fuente- que ha de ser posteriormente trasladado al proceso y ser debatido oralmente en audiencia.

En el marco del proceso penal por ejemplo, la preconstitución de fuentes de prueba se presenta como acto de investigación y no de prueba, de manera que en base a los mismos el juzgador no puede fundamentar su convicción, ni siquiera con su lectura oral en audiencia, pues ello sería un fraude al derecho al sistema probatorio y a la defensa; pero también observamos que la preconstitución eventualmente servirá para asegurar y resguardar o estampar las fuentes de prueba, siendo el aseguramiento un resguardo sin necesidad de registro o estampación de la fuente, establecido con la finalidad que no se pierda. Luego, estos actos de investigación además de localizar las fuentes probatorias, tratarán de preconstituirla, bien mediante el registro del acto o de la información, bien para valorar los hechos, de manera que cuando los hechos dejan huellas, rastros o vestigios que sirvan como fuentes probatorias, ante el temor de su desaparición o degradación por el hecho del tiempo o por la actividad de los sujetos u objetos, cuando las evidencias materiales de la comisión de un delito puedan alterarse o modificarse, hasta destruirse por la aplicación de procedimientos técnicos para valorar y extraer las informaciones que importen a la investigación y futuramente al proceso, donde no podrán ser utilizados, surge la figura de la preconstitución para la estampación o resguardo de la precitada fuente probatoria.

Así por ejemplo dentro de las actividades de preconstitución pueden situarse las experticias, inspecciones, la documentación, fotografía, grabaciones, videos, intervenciones telefónicas o de comunicaciones, testigos de entrada y registro, entre otras.

De lo dicho debemos precisar que la *preconstitución* es una actividad de materialización de un acto de investigación que tiende a obtener y resguardar la fuente probatoria, que sin perjuicio que para su realización se usan medios probatorios y que los mismos son materializados, no deben confundirse con la *anticipación* de medios probatorios que servirán como actos de prueba y no de investigación, donde no se requiere de la presencia del imputado o acusado, ni la intervención del órgano jurisdiccional, pues son realizadas por el Ministerio Público y los órganos de policía de investigación, debiendo ser tratados en la audiencia oral para poder formarse como prueba; pero tampoco lo podemos confundir con el

aseguramiento, aunque la preconstitución sirve para ello, vale decir, para el resguardo de las fuentes –sin evacuación o materialización- que servirán para acreditar los hechos afirmados en la acusación o defensa, mediante la comparación que haga el judicante que le permitirá llegar en consecuencia a la convicción o certeza judicial.

Pero también destaquemos la fundamental diferencia con la anticipación de medios probatorios, cuando en materia de preconstitución de fuentes no se requiere o es necesaria la existencia de una acusación, que sí es requerida para la precitada anticipación, de ahí que la fuente –preconstituida- sea tratada y debatida en audiencia oral –judicializada- para así garantizar tanto la defensa como la inmediación. Consecuencia de lo dicho es que para la preconstitución de fuentes no se requiera la previa citación del imputado.

En cuanto a las características que identifican la preconstitución de fuentes probatorias, especialmente en el proceso penal tenemos:[273]

a. Como indicamos se trata de un acto de investigación.
b. Es preexistente a la audiencia oral y probatoria.
c. Puede realizarse a través de la utilización de medios probatorios.
d. Su finalidad es el aseguramiento de fuentes probatorias, bien mediante la realización del medio o con la simple estampación del mismo.
e. Es excepcional y de uso restrictivo.
f. Requiere de la presencia del temor fundado que la no disponibilidad de la fuente para la audiencia oral.
g. No requiere de la intervención del órgano jurisdiccional, pues lo realiza el Ministerio Público y los órganos de policía judicial.
h. No requiere del cumplimiento de principios de inmediación, contradicción o bilateralidad, publicidad y oralidad, propios del procedimiento judicial.
i. Debe quedar documentado y resguardado sus datos en medios donde queden grabados o impresos.

Por último y en cuanto a los requisitos de la preconstitución de las fuentes probatorias, nos dice el maestro español Vicente GUZMÁN FLUJA, lo siguiente:

a. Garantía jurisdiccional: Conforme a la cual el imputado y la víctima deben tener posibilidad de examinar las actuaciones de investigación.

[273] Rodrigo RIVERA MORALES. Actividad Probatoria y la Valoración Racional de la Prueba. Editorial Jurídicas Rincón. Barquisimeto, 2010. pp. 334 y ss

b. Garantía de contradicción y publicidad: Donde el imputado tiene el derecho a contradecir los elementos probatorios que obren en su contra mediante su declaración y proponiendo diligencias de investigación.
c. Garantía de las formalidades legales: Conforme a la cual las actuaciones de investigación deben realizarse según el principio de legalidad y garantizar los derechos fundamentales para evitar se vicie la fuente o el dato que se proporciona, de manera que la recogida de datos o el aseguramiento de la fuente deben garantizar su inmaculación con miras al juicio oral.
d. Garantía de fiabilidad de la recogida: Donde la actuación debe estar claramente registrada en acta y si es posible con el auxilio de medios técnicos que permitan una visualización de la misma.
e. Garantía de la cadena de custodia: Se trata de la aplicación de los medios correspondientes a *lex artis*, vale decir, el afianzamiento de las garantías en el proceso de manipulación de los elementos materiales –identificación, etiquetado, control de de calidad, entre otros- de manera que se garantice que no sean contaminados; o medidas de tipo procesal que se refieran a la custodia propiamente y la formación de la preconstitución.

En el proceso civil también nos topamos con actos que se encuadran en lo que se denomina preconstitución de fuentes, como ocurren con las pruebas instrumentales que las partes realizan al contraer obligaciones, el justificativo de perpetua memoria a que se refiere el artículo 936 del Código de Procedimiento Civil, así como los artículos 938 y 1.329 del Código Civil, la inspección extrajudicial y la ocular realizadas por las notarías, conforme a la Ley que regula la materia, entre otros casos.

3.1.3. Aseguramiento de fuentes.

La última de las actividades que se ubican en el derecho constitucional de acceso al sistema de prueba conforme al estudio que estamos haciendo, es precisamente el aseguramiento o conservación, que no es más que el resguardo preventivo sin materialización de las fuentes probatorias, para que puedan ser llevadas al proceso conforme a los medios que se propongan y sirvan para crear convicción judicial a través de un procedimiento de comparación o verificación por comparación, tal y como lo hemos señalado en otro momento, en aquellos casos también del temor fundado que las fuentes puedan desaparecer o modificarse por actos, hechos u omisines de sujetos, conductas humanas, acontencimiento naturales en general, que puedan destruir o alterar la precitada fuente y que haga irrealizable una actividad probatoria en el proceso judicial.

El aseguramiento de la fuente probatoria como "garantía" de su resguardo, puede tener lugar antes de la existencia del proceso judicial donde se pretende producir la fuente probatoria, así como durante la existencia del proceso judicial pero antes del momento procesal de la realización de la actividad probatoria, diferenciándose de la precitada "anticipación" y "preconstitución"en el hecho que no se materializa, evacúa o realiza la activiad probatoria, el medio de probatorio, simplemente funge como expediente preventivo de preservación de la fuente que en definitiva no conlleva práctica alguna, a través de la adopción de cualquier medida necesaria y pertinente que soliciten las partes y acuerde el judicante, quien por demás no está sujeto a la petición del solicitante, pudiendo adoptar cualquier otra medida que considere útil a la finalidad del aseguramiento.

Así por ejemplo y en materia de cadena de custodia de evidencias, sean físicas, materiales o digitales que puedan tener interés criminalístico en el procedimiento penal, más aún, que sirvan como fuentes probatorias para acreditar hechos controvertidos en el proceso judicial, cumpliendo con la normativa del artículo 187 del Código Orgánico Procesal Penal y conforme al procedimiento previsto en el Manual Único de Procedimientos en Materia de Cadena de Custodia de Evidencias Físicas, siempre y cuando se trate de elementos que y como indicamos se erijan como fuentes probatorias que no requieran de realización de experticias criminalísticas, se cumplirá con el debido aseguramiento probatorio que garantice la mismidad o identidad de la precitada evidencia, así como su preservación para evitar destrucciones, alteraciones, modificaciones, sustituciones y contaminación, en el tiempo que discurrirá desde su descubriemiento en el lugar del suceso, trayectoria por las diferentes dependencias de investigación penales, criminlísticas y foreneses, hasta que sea llevado físicamente –de ser posible- al proceso, a la audiencia de juicio para ponerlo en contacto directo tanto con el judicante como con las partes para su debida controversia, siempre y cuando fuera propuesto en sus oportunidades procesales correspondiente –promoción de medios probatorios- lo que permitirá su legal ingreso al proceso y la posibilidad que sirva como prueba de cargo.

El aseguramiento probatorio de fuentes se materializa a través del procedimiento previsto para la cadena de custodia de evidencias físicas, materiales o digitales, especialmente cuando al abordarse el lugar del suceso luego de identificarse o ubicarse se procede a su protección, lo que dará paso a la fijación fotográfica o por los medios señalados en el ya citado Manual, colección, embalaje, rotulado, etiquetado, sellado, registro y especialmente preservación para su traslado, bien a los fines de su análisis mediante la realización de experticias criminalísticas, bien para su almacenamieto o deposito y costudia en las dependencias pertinentes hasta que sea llevado –de ser el caso- al proceso judicial-; pero destaquemos de lo indicado y respecto a las evidencias materiales ubicadas y colectadas en el lugar del suceso que tengan interés criminalístico y requieran de análisis mediante experticias o estudios criminalísticos pertinentes,

ya se desborda la actividad propia del aseguramiento de fuentes probatorias y nos ubicamos en la preconstitución –ya estudiado- ello como consecuencia del citado análisis o materialización de la actividad criminalística a la que es sometida la evidencia, que pueden arrojar resultados que ayudan a la investigación e incluso pueden sevir para sustentar la teoría del caso que se presente en la acusación, de ahí que insistimos, nos ubicamos en esta situación en la preconstitución de fuentes probatorias.

Siguiendo con el tema del aseguraminto, el profesor español Francisco LÓPEZ SIMÓ al abordar el tema nos dice que se trata de una actividad diferente de la anticipación, pero a la vez muy próximo consistente –siguendo a BONET NAVARRO- en un "*expediente preventivo de la actividad probatoria*" que encuentra regulación en el artículo 297.1 de la LEC 1/2000, que bajo el título de "Medidas Asegurativas de la Prueba", señala que antes de la iniciación de cualquier proceso el que pretende incoarlo o cualquiera de los litigantes durante el curso del mismo, podrá pedir del tribunal la adopción, mediante providencia, de medidas de aseguramiento útiles para evitar que, por conductas humanas o acontecimientos naturales que puedan destruir o alterar objetos materiales o estados de cosas, resulte imposible en su momento practicar una prueba relevante o incluso carezca de sentido proponerla. Estas medidas consistirán en las disposiciones que a juicio del tribunal, permitan conservar cosas o situaciones o hacer constar fehacientemente su realidad y características, siendo que para lo fines del aseguramiento de la prueba, podrán también dirigirse mandatos de hacer o no hacer, bajo apercibimiento de proceder en caso de infringirlos, por desobediencia a la autoridad. En cuanto a los requisitos para la práctica de las medidas asegurativas, el artículo 298.1 de la LEC 1/2000 señala entre otros: a. Que la prueba que se pretende asegurar sea posible, pertinente y útil al tiempo de proponer su aseguramiento; b. Que haya razones o motivos para temer que de no adoptarse las medidas de aseguramiento, pueda resultar imposible en el futuro la práctica de dicha prueba; y c. Que las medidas de aseguramiento que se propongan, u otras distintas que con la misma finalidad el tribunal estime preferibles, puedan reputarse conducentes y llevarse a cavo dentro de un tiempo breve y sin causar perjuicios graves y desproporcionados a las personas implicadas o a terceros; todo ello sin perjuicio que el tribunal podría aceptar el eventual ofrecimiento que el solicitante de la medida hiciera para prestar una garantía por los daños y perjuicios que la medida pudiera irrogar.[274]

Conforme al contenido del artículo 298.3 de la LEC 1/2000, el tribunal podría acordar en lugar de la medida de aseguramiento de la fuente probatoria, la aceptación del ofrecimiento que huciera la persona que debiera sopotar dicho aseguramiento, de prestar en la forma establecida en la ley, caución bastante para responder de la práctica de la prueba cuyo aseguramiento de pide, de manera que cabe la sustitución de la medida de aseguramiento por caución suficiente a cargo del sujeto pasivo de la medida,

---

[274] Francisco LÓPEZ SIMÓ. Ob. cit. pp. 137 y ss.

posibilidad que LÓPEZ SIMÓ señala ha sido criticada aduciendo que la caución no ecita que la prueba –fuente- pueda ser destruida o alterada y que por ello, no sea acorde con la finalidad que persigue una medida se aseguramiento.

Por último es interesante el criterio del precitado profesor respecto a la caducidad de la actividad de aseguramiento de la fuente, que si bien fue regulado en el artículo 295.3 de la LEC 1/2000, para el caso de la anticipación –como vimos en puntos anteriores- nada se dijo en cuanto al aseguramiento, para lo cual considera que resulta viable la aplicación analógica, de manera que el solicitante del expediente preventivo tendría un máximo de dos meses para que las medidas adoptadas conservaran su eficacia, debiendo intentar la demanda donde se utilizaría la fuente en dicho plazo, salvo que se acreditara la existencia de fuerza mayor u otras causas que impidieran iniciar el proceso en dicho plazo. [275]

Respecto al aseguramiento de la prueba, el jurista panameño Jorge FÁBREGA expresa que se trata de una manifestación del derecho constitucional a la prueba judicial, que también ha sido denominado como *probatio ad perpetuam rei memoriam*, prueba anticipada, prueba extrajudicial. Luego, aduce que el aseguramiento también puede obtenerse por medio de medidas cautelares de carácter probatoria, anticipada y asegurativa, criterio que también sostienen CALAMANDREI y LIEBMAN, todo ello sin perjuicio de criterios que señalan que las medidas cautelares no pueden tener fines probatorios, pues ellas tienden al aseguramiento de la ejecución -se insiste- no de la prueba.[276]

En el marco del derecho constitucional que analizamos, conforme al artículo 49.1 constitucional en concordancia con el artículo 26 *ejusdem*, **tenga o no regulación legal**, cualquiera de estas actividades probatorias estudiadas –anticipación, preconstitución o aseguramiento- son perfectamente viables en nuestro sistema procesal, con basamento a derechos fundamentales y conforme a una interpretación garantista, todo en los términos y conforme a la forma que hemos estudiado.

3.2. Derecho a la apertura del lapso probatorio.

Como indicaríamos en otro momento, el derecho positivado de acceso al sistema probatorio incluye el derecho a que en el marco del proceso judicial se presente un momento probatorio donde pueda desplegarse con efectividad la actividad probatoria de las partes, sin perjuicio de la que oficiosamente pueda ordenar el judicante, donde las primeras puedan cumplir con sus cargas probatorias aportando los medios probatorios pertinentes para llevar al proceso las fuentes que servirán al juzgador para establecer

[275] Francisco LÓPEZ SIMÓ. Ob. cit. p. 139.
[276] Jorge FÁBREGA. Ob. cit. pp. 293 y ss. Este criterio pudiera tener cabida por conducto del artículo 137 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo.

o verificar los hechos afirmados o enunciados por las partes a través de su comparación con las fuentes, lo que conducirá a la certeza o convicción judicial como finalidad de la prueba judicial o procesal.

En este orden de ideas el primero de los aspectos que comprende o se ubica en el derecho a que se prevea un momento probatorio, precisamente es la apertura de un lapso probatorio donde las partes en la oportunidad que cada procedimiento fije, propongan los medios probatorios para llevar las fuentes que sirvan para la verificación de los hechos por comparación.

Estos lapsos probatorios conforme a las regulaciones legales, pueden quedar abiertos *ope legis* una vez vencido el lapso de emplazamiento, tal como ocurre en el procedimiento ordinario civil escrito, en tanto que para otros casos especiales se requiere que las partes previamente hagan la solicitud en forma expresa, sin lo cual el juzgador no podría abrir el lapso probatorio, todo ello sin perjuicio que en casos excepcionales el procedimiento puede sustanciarse sin necesidad de aperturarse el lapso o momento en cuestión, como sucede en los denominados juicios o procedimientos de derecho a que se refiere el artículo 389 del Código de Procedimiento Civil, cuando no se debaten cuestiones de hecho controvertidas o cuando las partes así lo soliciten entre otros casos.

En este orden de ideas por ejemplo encontramos el **procedimiento civil escrito**, donde y conforme al contenido en el artículo 392 del Código de Procedimiento Civil, si el asunto no debiera de decidirse sin pruebas –sin necesidad de apertura del lapso probatorio- el término de promoción será de quince (15) días de despacho y el de evacuación de treinta (30) días de despacho, lapso que quedará abierto de pleno derecho, una vez vencido el plazo de emplazamiento, todo en los términos del artículo 388 *ejusdem*. También en el **procedimiento civil oral** que aplica de igual forma en el **procedimiento marítimo**, en los términos del artículo 868 *ibidem*, el lapso de promoción de pruebas deberá ser abierto en forma expresa por decisión del juez, lo que hará en el auto de fijación de los hechos controvertidos y de los términos de la controversia que deberá ser dictado dentro del lapso de tres (3) días de despacho siguientes a la celebración de la audiencia preliminar, todo conforme al contenido del artículo 10 del Código de Procedimiento Civil, de manera que el precitado lapso será de cinco (5) días de despacho y con vista a la oferta probatoria que hagan las partes en la precitada audiencia preliminar, respecto a los medios probatorios que piensan proponer en el lapso de promoción que se abra al efecto.

En el **proceso penal** tenemos que las partes también tienen derecho a la apertura de un lapso probatorio para proponer o promover los medios que utilizarán para demostrar sus afirmaciones o negaciones de hecho, lo que y en los términos del artículo 308 del Código Orgánico Procesal Penal, para el caso del fiscal acusador, como requisito de la acusación se impone el ofrecimiento de los medios probatorios que serán presentados en la audiencia oral, con indicación de su pertinencia o necesidad, situación que se hace extensible a la víctima que presente la acusación particular o se adhiera a la acusación

fiscal, en los términos del artículo 309, lo que deberá hacer en un lapso de cinco (5) días contados desde la notificación de la convocatoria a la audiencia preliminar.

No obstante al ofrecimiento de medios probatorios señalado, en los términos del artículo 311 del Código Orgánico Procesal Penal, hasta cinco (5) días antes del vencimiento del plazo fijado para la celebración de la audiencia preliminar, el fiscal acusador, la víctima que se halla querellado o presentado su acusación particular, incluso que se halla adherido a la del fiscal acusador y el acusado, podrán presentar un escrito ante el juez de Control competente, donde entre otros aspectos podrán proponer o promover las pruebas que producirán en la audiencia de juicio oral, con indicación de su pertinencia y necesidad, ello sin perjuicio, de ofrecer nuevas pruebas de las cuales hayan tenido conocimiento luego de la presentación de la acusación fiscal.

En el **proceso laboral** también existe un lapso de proposición de las pruebas, que en los términos del artículo 73 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, será en la audiencia preliminar, pero es importante destacar que conforme al diseño de este procedimiento oral, para el momento de producción de pruebas todavía no se ha producido la traba de la litis, no se saben cuales son los hechos reconocidos, admitidos expresa o tácitamente, así como los controvertidos, tampoco se sabe quien asume la carga probatoria, ya que precisamente estos hechos que se fijan con la contestación de la demanda donde puede observarse la posición del demandado, los hechos excepcionados y la conducta procesal asumida, se realizan o presentan en un acto procesal posterior al de promoción de pruebas, circunstancia esta que nos permite afirmar que el legislador laboral inéditamente se ha desligado de la tradición romana donde en sus tres momentos –acciones legales, procedimiento formulario y extraordinario- primero se determinan los hechos controvertidos con la demanda y la contestación, para luego realizar los actos de pruebas, lo que también fue propio del sistema germánico e italo-canónico, romano-canónico también llamado proceso común, incluso, se separa del sistema de procedimiento que imperó en España durante la Conquista y en los procedimientos que rigieron en las leyes de indias, lo que no resulta correcto por los múltiples problemas y las arbitrariedades que este representa, tal como lo hemos dejado asentado en otro de nuestros trabajos.[277] Así el legislador laboral apuesta a una especie de sistema de *discovery* o descubrimiento de origen anglosajón, pero con su marcado carácter criollo, pues no es ni una cosa ni otra, es decir, ni opera como un verdadero sistema de *discovery* para el descubrimiento de pruebas que permitan, bien en el proceso o antes de él, descubrir hechos y pruebas para preparar mejor la demanda y la contestación, tal como lo reguló nuestro sistema de procedimiento marítimo, ni permite un mejor ejercicio de la defensa y mejor posición para mediar como se le ha pretendido, pues precisamente el demandado se encuentra en una posición de ventaja frente al actor, cuando éste último desconoce los hechos que serán

[277] Ver de nuestra autoría Las Pruebas en el Proceso Laboral. Ediciones Paredes. Caracas, 2009.

excepcionados lo que lógicamente le limita el tema de la prueba judicial, sumado al hecho que la jurisprudencia de la secuestrada Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia, de manera arbitraria y legislando, ha establecido un régimen de audiencias preliminares que las divide en primigenia y prolongaciones, limitando la producción de pruebas a la primera, aún cuando la ley nada dice al respecto

En **materia de niños y adolescentes** conforme a lo previsto en el artículo 474 de la Ley Orgánica de Protección del Niño, Niña y Adolescente, dentro de los diez días siguientes a que conste en autos la conclusión de la fase de mediación de la audiencia preliminar o la notificación de la parte demandada para los casos donde se prescinde de esta parte, el accionante tiene la carga de proponer sus pruebas mediante escrito, lapso éste donde el demandado por su parte debe presentar su escrito de contestación de la demanda lo que hará junto con el escrito de pruebas, lo que podrá hacerse en ambos casos en forma oral para ser reducido en acta que se levante al efecto. En este sentido la norma expresa […] *Dentro de los diez días siguientes a que conste en autos la conclusión de la fase de mediación de la audiencia preliminar o la notificación de la parte demandada en los casos en los cuales no procede la mediación, la parte demandante debe consignar su escrito de pruebas. Dentro de este mismo lapso, la parte demandada debe consignar su escrito de contestación a la demanda junto con su escrito de pruebas. En ambos casos, el contenido de estos escritos puede presentarse en forma oral, siendo reducidos a un acta sucinta. Los escritos de pruebas deben indicar todos los medios probatorios con los que se cuente y aquellos que se requieran materializar, para demostrar la procedencia de los respectivos alegatos. Los primeros pueden ser consignados con el escrito de pruebas o en la audiencia preliminar. Los segundos deben ser preparados durante la audiencia preliminar o evacuados directamente en la audiencia de juicio, según su naturaleza. En la contestación de la demanda se puede reconvenir a la parte demandante, en cuyo caso la demanda reconvencional debe cumplir con los requisitos establecidos en este procedimiento para la demanda, pudiéndose presentar en forma escrita u oral, caso con el cual será reducida a un acta sucinta. Propuesta la reconvención, se debe admitir si la misma no fuera contraria al orden público, a la moral pública, o a alguna disposición expresa del ordenamiento jurídico. El juez o jueza debe ejercer el despacho saneador, caso en el cual admitirá la demanda y ordenará su corrección mediante auto motivado, indicando el plazo para ello, que en ningún caso puede exceder de cinco días. Admitida la reconvención debe contestarse la misma, en forma escrita u oral, dentro de los cinco días siguientes, adjuntando, si fuere el caso, el escrito de pruebas correspondiente. En estos casos, la fase de sustanciación de la audiencia preliminar se debe celebrar, dentro de un plazo no menor de cinco días ni mayor de diez días siguientes a aquél en que concluya el lapso para la contestación de la demanda reconvencional."* Analicemos el contenido de la norma.

Como puede observarse claramente, en el mismo lapso legal tanto la parte actora debe proponer sus pruebas como el demandado contestar la demanda y proponer las suyas, circunstancia ésta anormal que coloca al demandante en una especie de desventaja al tener que proponer sus pruebas sin ni siquiera saber el contenido de la contestación de la demanda, sin conocer los hechos controvertidos y sin conocer la forma como en definitiva quedará distribuida la carga probatoria, lo que deja de manifiesto el sistema

torticero a lo que nos tiene acostumbrada la Sala Social del Tribunal Supremo de Justicia, de donde provienen estas genialidades. Esta situación torticera producida por el legislador, conociendo la forma de litigio de nosotros los venezolanos donde como especie de juego de adivinanzas dejamos siempre la realización de los actos procesales para el último momento, con la simple intención de brindar a la contraparte menos tiempo para conocer nuestros argumentos y pruebas y poderse defender, traerá como consecuencia que tanto el escrito de pruebas del accionante como la contestación y las pruebas de la demandada se produzcan el último de los diez días señalados en la ley, ello –como indicamos- para no dar chance a la otra que puede conocer el contenido de los escrito y darle menos tiempo para prepararse; todo sin perjuicio que para el accionante resultará lógica producir sus pruebas luego de contestada la demanda, para poder conocer por vía consecuencial la forma como en definitiva quedó trabada la litis y las cargas probatorias que quedaron en su patrimonio procesal, lo que como indicamos resultará imposible si la contestación de produce el último día del lapso.

Pero observemos además que primeramente la norma impone a las partes la carga de presentar sus "escritos de prueba" esto es, de proponer o promover las pruebas, para luego señalar que en los mismos deberán "indicarse" todos los medios probatorios con que se cuenten y aquellos que se requieran materializar para la demostración de los hechos controvertidos, los primeros que podrán consignarse con el escrito de pruebas o en la audiencia preliminar. De lo señalado destacamos que en la forma como quedaría redactada la norma, más que una proposición con incorporación de pruebas, se trata de una "oferta" de pruebas que luego serán aportadas o incorporadas en la audiencia preliminar; pero además destaquemos que de tratarse efectivamente de una oferta, pues su producción sería en la audiencia preliminar nos preguntamos ¿en cual fase de la audiencia preliminar?, ¿en la audiencia de mediación o de sustanciación de la audiencia preliminar?

En el **proceso agrario** encontramos que verificada la contestación de la demanda, subsanadas o decididas como hayan sido las cuestiones previas, el tribunal fijará dentro de los tres días de despacho siguientes, el día y hora para que tenga lugar la audiencia preliminar, siempre que haya habido contestación de la demanda, pues de lo contrario no se celebrará la misma, todo en los términos del artículo 220 de la Ley Tierras y Desarrollo Agrario que señala […] *Verificada oportunamente la contestación de la demanda o subsanadas o decididas que hubieren sido las cuestiones previas propuestas, o contestada la reconvención, el tribunal fijará dentro de los tres (3) días de despacho siguientes, el día y la hora en que tendrá lugar la audiencia preliminar. No habrá lugar a la audiencia preliminar cuando el demandado no haya contestado la demanda y hubiere promovido pruebas dentro del lapso establecido en el artículo 227. En dicha audiencia cada parte podrá expresar si conviene en alguno o algunos de los hechos, determinando con claridad aquellos que consideren que han sido admitidos o han quedado probados en la demanda o en la contestación, así como los medios de pruebas que consideren impertinentes, ilegales o dilatorios. Igualmente, las partes*

señalarán las pruebas que se proponen aportar al debate oral.". En la audiencia preliminar y a través de las exposiciones orales que se hagan, cada parte deberá expresar si conviene en alguno o algunos de los hechos esbozados en la etapa alegatoria del proceso –libelo de la demanda y contestación- determinado con claridad aquellos que considere que han sido admitidos o han quedado probados en la demanda y en la contestación; igualmente podrán oponerse a la admisión de las pruebas propuestas en la demanda y en su contestación, bien sean por impertinentes, ilegales o dilatorias, y aunque el legislador de tierras sólo haya mencionado como causas de inadmisiblidad de los medios probatorios la impertinencia y la ilegalidad, en base al sistema garantista que envuelve el tema de la prueba judicial, deben controlarse los elementos de irrelevancia, inconducencia o inidoneidad, ilicitud y extemporaneidad; respecto a las pruebas denominadas en la Ley "dilatorias", se nos antoja que se trata de pruebas irrelevantes, esto es, que aún materializándose, nada aportan a la solución de la controversia, pues solo tienden a dilatar o retardar el proceso, de manera que la prueba irrelevante y dilatoria, es la misma. Terminada indicando la norma transcrita que […] *Igualmente, las partes señalarán las pruebas que se proponen aportar al debate oral."*, lo que no es más que una oferta de pruebas que no involucra su proposición, pues el juez luego de celebrada la audiencia preliminar, abrirá el lapso de promoción de pruebas.

Celebrada la audiencia preliminar y en los términos del artículo 221, el tribunal mediante auto razonado que deberá dictar en un lapso de tres (3) días siguientes por aplicación del artículo 10 del Código de Procedimiento Civil, deberá realizar la fijación de los hechos –tema controvertido- determinando los límites dentro de los cuales quedó trabada la relación sustancial controvertida y abriendo el proceso a pruebas para proponerlas por un lapso de cinco (5)días de despacho, las cuales teóricamente se referirán a aquellas diferentes a los que debieron proponerse en el acto de la demanda y la contestación en los términos que hemos visto y al vencerse este lapso de proposición de pruebas, el tribunal deberá providenciarlas mediante auto expreso que también debe producirse en el lapso de tres (3) días de despacho por aplicación del artículo 10 del Código de Procedimiento Civil, pronunciamiento que no solo comprenderá las propuestas en esta oportunidad, sino por lógica, las producidas en la demanda y en la contestación. También ordenará la evacuación de aquellas pruebas que por su naturaleza y para no romper con el principio de concentración que rige la audiencia oral o probatoria, requieran ser materializadas para su discusión oral en la precitada audiencia.

Por último y en el sistema contencioso administrativo, conforme al pasquín cantinflérico llamado Ley Orgánica de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, que aunque parezca mentira es peor que la Ley Orgánica Procesal Laboral, incluso que la Ley Orgánica de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, encontramos respecto a las demandas de contenido patrimonial que el lapso de proposición de pruebas para las partes será en la audiencia preliminar –artículo 57 de la precitada Ley-

pero más adelante el artículo 62 indica dentro de los cinco (5) días de despacho siguientes al vencimiento del lapso para contestar la demanda, que conforme al artículo 61 será de dentro de los diez (10) días de despacho siguientes a la celebración de la audiencia preliminar, las partes presentarán sus escritos de promoción de prueba, todo ello sin perjuicio que el demandado con su contestación debe promover los "documentos probatorios", de donde se aprecia claramente la contradicción entre las precitadas normas; en lo que se refiere al procedimiento breve que se aplicará para el trámite de reclamos contra omisiones, demoras y deficiencia en la prestación de los servicios públicos, vías de hecho y abstenciones, el tema es peor, pues no hubo regulación del lapso de promoción de medios probatorios, así como tampoco de oposición ni de evacuación; por último y respecto al procedimiento común para las demandas de nulidad, interpretación y controversias administrativas, el artículo 83 de la Ley reguló que las pruebas serían propuestas en la audiencia de juicio.

Como puede apreciarse en general las diferentes leyes que regulan los diferentes procedimientos, se establece un momento de la prueba dedicado a la proposición de los medios probatorios, que se refiere concretamente a la apertura del lapso probatorio cobijado por el derecho constitucional de acceso al sistema probatorio.

No obstante a lo señalado, es importante destacar que como sucede en materia del procedimiento civil oral, así como en materia contencioso funcionarial, donde las partes "ofrecen" las pruebas, el tribunal, como emanación del derecho a la defensa y conforme a una interpretación garantista, cuando lo considere necesario, haya habido o no petición expresa de apertura del lapso probatorio por las partes –como ocurre en el señalado contencioso funcionarial- debe abrir por auto expreso el proceso a pruebas a los efectos que las partes puedan proponer las pruebas.

3.3. Derecho a la proposición de medios probatorios.

Otro de los aspectos que comprende el derecho de acceso al sistema probatorio, es la proposición de los medios de prueba, derecho que no es irrestricto o ilimitado, pues se encuentra regulado por un conjunto de principios propios de la actividad probatoria que se ubican en un debido proceso, como lo son:

a. Legalidad.
b. Pertinencia.
c. Relevancia.
d. Conducencia o idoneidad.
e. Tempestividad.
f. Licitud.

g. Regularidad en la proposición.

En el marco del sistema procesal y probatorio venezolano, el tema de la prueba tarifada o tasada quedó superada, estableciéndose la preeminencia del principio de libertad probatoria –artículo 395 del Código de Procedimiento Civil, 182 del Código Orgánico Procesal Penal, 70 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, 450.K de la Ley Orgánica para la Protección del Niño, Niña y Adolescente, entre otros- donde las partes, dentro de los límites legales y constitucionales, pueden utilizar para la demostración de sus extremos de hecho controvertido, cualquier medio de prueba no prohibido expresamente, incluso, ante la prohibición, en cada caso concreto el juzgador debe analizar si la misma es proporcional, razonable y justificada en base a un criterio garantista en pro de la prueba, como por ejemplo para proteger otros derecho constitucionales –caso de la prueba ilícita- pues de lo contrario debe proceder la declaratoria de inconstitucionalidad de la limitación, a través del control difuso, como pudiera suceder en materia laboral en cuanto a la inadmisibilidad de las posiciones juradas –artículo 70 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo- o de pruebas en segunda instancia cuando fueran de data posterior a la oportunidad de pruebas o siendo de data anterior, que se desconocía su existencia.

Pero lo anterior nos coloca frente a una interrogante interesante, como lo es: **¿Resultan constitucionales las limitaciones legales a la proposición de medios probatorios?**

Las limitaciones a la producción de medios probatorios en el marco de un proceso judicial, es un tema que importa abordar especialmente por el hecho qué como indicáramos anteriormente, estamos en presencia de un derecho constitucional y fundamental donde no hubo remisión por parte del constituyente al legislador ordinario, de manera que si bien es éste último el que constitucionalmente debe diseñar en cada caso el procedimiento a seguir, que en definitiva se presentará como esas reglas del juego que constituyen el debido proceso, ello no es óbice en materia probatoria para establecer limitaciones al ejercicio del derecho constitucional en cuestión, pues de lo contrario estaríamos llevando el tema constitucional a las manos del legislador ordinario, es decir, que el legislador se elevaría a la categoría de constituyente; pero incluso, si bien existen limitaciones probatorias que constitucionalmente son aceptables y que son impuestas por el legislador, ello es como consecuencia del mandato que al efecto le ha dado el propio constituyente, cuando por ejemplo establece la limitación a las pruebas que lesionen el debido proceso, como ocurre con la prueba ilícita, lo que igualmente se presenta cuando existe un derecho constitucional que debe ser garantizado, lo que se hace a través de limitaciones que pueden ubicarse en materia probatoria, como es el caso del derecho a la intimidad, a la protección de correspondencia y comunicaciones, al respeto al hogar, al domicilio, al honor y a la reputación, donde precisamente pueden existir medios de probatorios que pretendan llevar al proceso fuentes que hayan sido obtenidas con lesión de los precitados derechos, todo lo que hace válida la limitación legal en base a criterios garantistas,

racionales, razonables, lógicos, de necesidad y proporcionales de protección de otros derechos constitucionales.

De lo dicho debe entenderse en consecuencia, que las limitaciones probatorias que impone el legislador y que en el marco constitucional resultan válidas, son para la protección de derechos igualmente constitucionales y por mandato del constituyente, no por voluntad propia del legislador, pues insistimos, en materia probatoria no hubo remisión a la ley.

Las limitaciones probatorias generalmente obedecen a factores como:

a. Tiempo procesal –preclusión, tempestividad, decadencia de la prueba-.
b. Naturaleza del asunto –conducencia o idoneidad-.
c. Obtención –prueba ilícita lesiva de derechos humanos o sin posibilidad de contradicción-.
d. Estado del proceso –apelación y casación-.
e. Regulación o no en la ley.
f. Prohibición o no por la ley.
g. Declaración de parte que solo puede ser solicitada a petición de la parte contraria –no así en materia laboral, que procede de oficio, conforme al artículo 103 Ley Orgánica Procesal del Trabajo-.[278]
h. Sistema de apreciación de la prueba.

Analizando alguna de estas limitaciones tenemos

En relación a este último escenario de limitación probatoria, se observa que el establecimiento legal de la **tarifa legal** como sistema de valoración judicial, que de manera anticipada y predeterminada le indica al juzgador el grado de convicción o convencimiento, mas aún, el grado de certeza y eficacia de la prueba judicial, resulta una verdadera limitación al derecho constitucional al sistema probatorio y concretamente a la prueba judicial, pues la actividad probatoria es propia de la jurisdicción –sin descartar la actividad administrativa en el marco del debido proceso constitucional- sus normas son de naturaleza procesal, indistintamente de la ley que las contemple y lo mas importante, van dirigidas al operador de

[278] En relación a la declaración de las partes en el proceso, especialmente en cuanto a la limitación que solo procede previo pedimento de la parte contraria, como sucede en materia del Código de Procedimiento Civil –artículo 403- incluso cuando solo procede de oficio por el juez, como sucede en materia laboral -artículo 103 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo- así como la validez de la declaración de parte hecha en su propio favor –*pro se declaratio*- para que la parte pueda establecerle al juez su versión de los hechos debatidos, con posibilidad de interrogatorio de los demás sujetos procesales y del juez, el jurista panameño Jorge FÁBREGA, expresa que debe ser admitido en el tribunal, pues toda limitación al respecto lesiona el derecho a la prueba judicial, siendo en consecuencia inconstitucional. De esta manera las posiciones juradas y la declaración de parte, no son las únicas formas de hacer ingresar al proceso la declaración y versión de las partes, incluso aquellas que le favorezcan. Ob. cit. p. 54. En iguales términos Jeremias BENTHAM, quien expresa que considerar que solo las posiciones juradas y la declaración de las partes es la forma de allegar al proceso la propia declaración, es desconocer el derecho constitucional a la prueba judicial. Ob. cit. T.I. p. 182.

justicia para demostrarle las afirmaciones o negaciones de los hechos controvertidos, la existencia o no de los hechos, que le permitan establecer los hechos y crear convicción judicial para la correcta aplicación del derecho y solución del conflicto judicial o aplicación de la sanción pertinente, para los casos de procesos punitivos o disciplinarios.

Consecuencia de lo anterior, es que el verdadero sistema de valoración de la prueba que sirve de establecimiento de los hechos por comparación y llegar a la convicción judicial, es la sana crítica o libre convicción razonada, donde se le permita al operador de justicia a través de análisis lógicos, racionales, razonables, congruentes y motivados, basado en reglas de la lógica, la experiencia y conocimientos científicos, determinar el grado de convicción de la fuente aportada al proceso, para en definitiva determinar si hay o no prueba de las afirmaciones fácticas, más concretamente, certeza judicial sobre los hechos enunciados y que se debaten, de manera que esta limitación legal del sistema tarifado debe ser superada por conducto del control difuso de la constitucionalidad –artículos 334 constitucional, 20 del Código de Procedimiento Civil y 19 del Código Orgánico Procesal Penal- para dar paso al sistema del correcto entendimiento humano.

Sin perjuicio de lo indicado, en general las limitaciones probatorias señaladas se refieren a la pertinencia, legalidad, tempestividad, idoneidad o conducencia, licitud de la prueba, regulación legal, sistema cerrado de pruebas y de apreciación tarifada, entre otras. Pero analicemos algunas limitaciones a la prueba judicial, referidas a la "legalidad" y la "tempestividad".

Referente a la **prueba de testigos**, por ejemplo conseguimos en materia civil que no se permite demostrar con testigos obligaciones mayores de Bs. 2000, ni lo contrario a lo contenido en documentos públicos ni lo que se haya dicho antes o después, salvo las excepciones legalmente previstas, como en el caso que exista un principio de prueba por escrito, ello a propósito de la limitación en cuanto a la edad, profesión y condiciones del testigo. Igualmente, existen las limitaciones en relación a la edad, el parentesco, afinidad, consaguinidad, la amistad, enemistad, dependencia, subordinación, profesión que en general se instituyen como causas de inhabilidad del testigo que pueden conducir a su eventual tacha.[279]

---

[279] Al referirse a las limitaciones en materia de prueba por testimonios, señala FABREGA, que la negativa de un testigo a declarar por sospecha lesiona el derecho constitucional a la prueba judicial, debiéndose permitir su admisión para que sea el operador de justicia quien aprecie su credibilidad, por medio de la sana crítica o convencimiento racional, conforme a las reglas de la razonabilidad y logicidad. Ob. cit. p. 25.
Luego, agrega el jurista panameño, que dentro de las nuevas tendencias en materia de pruebas se ubican: 1. Sistema de medios abiertos –*numerus apertus*-. 2. Eliminación de restricciones injustificadas como inhabilidades de testigos. 3. La valoración de la prueba no puede realizarse mediante criterios apriorísticos, como sucede en la tarifa legal, debiéndose dejar al juicio razonado del operador de justicia, mediante la sana crítica. 4. Debe sustituirse la confesión provocada por la declaración de partes, con la permisología del careo de partes y testigos, así como de ellos entre sí. 5. Ampliar las facultades del juez para realizar pruebas oficiosas. Ob. cit. p. 16.

En materia de **medios probatorios en segunda instancia**, igualmente en los procedimientos civiles se observa que no está permitido la proposición de medios probatorios diferentes a los instrumentos públicos no fundamentales, posiciones juradas y juramento decisorio; en materia laboral nada se dice al respecto, esto es, no se reguló –tampoco prohibió- la producción de pruebas en grado de alzada, aún cuando en la práctica no se permite el uso de medios probatorios saldo la reproducción de la audiencia de instancia.

En materia de **posiciones juradas,** observamos que en el procedimiento laboral está expresamente prohibido este medio probatorio, al haber sido supuestamente sustituida por la declaración de parte.

Como podemos observar en general el legislador pre o post constitucional ha establecido un conjunto de limitaciones probatorias referidas a la tempestividad, legalidad, relevancia, pertinencia, idoneidad y otros elementos que impiden el ingreso del medio probatorio propuesto al proceso, casos estos que consideramos como limitativos del derecho en estudio y en consecuencia lesivo del mismo, donde se hace necesario la reinterpretación del asunto en forma amplia, flexible y garantista, proporcional, lógica y racional que favorezca el ejercicio del derecho y consecuencialmente la utilización de los medios probatorios, sin que ello pueda considerarse como una libertad absoluta donde las partes abusando de sus derechos, pretendan evadir las reglas del debido proceso que también forman parte de los derechos constitucional.

Pero puntualicemos mejor lo dicho, a cuyo efecto y respecto a temas como tempestividad, legalidad, relevancia, idoneidad y pertinencia de los medios de prueba, su limitación si bien lo que busca es depurar el proceso, que no se desgaste la justicia con medios que no ayudarán a la solución del conflicto o que no sirven para la demostración de los hechos afirmados, incluso que se producen fuera de los tiempos legales, si bien todo ello se ubica en el debido proceso y es constitucionalmente válido, en cada caso concreto es el judicante quien debe analizar la situación, observando y aplicando criterios proporcionales y lógicos para en definitiva determinar si la limitación tiene base constitucional o si por el contrario es una limitación caprichosa del legislador, caso este último donde debe superar el obstáculo a través de una reinterpretación garantista de la norma probatoria o haciendo uso del control difuso, pues en definitiva el juez debe apostar a la admisión del medio probatorio.

Importa destacar que para la inadmisión de medios probatorios propuestos por las partes, la causal a tomar en consideración deber ser manifiesta, de bulto, pues en caso de duda el juez en aplicación del principio de *favor probationis*, debe admitir el medio propuesto.

En cuanto a la tempestividad, estamos convencidos que debe privilegiarse la aportación de la prueba anticipada –no así la tardía- de cualquier medio de pruebas; respecto a los medios probatorios

propuestos en segunda instancia, también afirmamos que debe permitirse una amplia gama de recursos probatorios sin limitación, ello no obstante a reconocer que el debate probatorio se ubica en la instancia y no en la fase recursiva y de revisión, todo lo que nos permite afirmar la atenuación del artículo 520 del Código de Procedimiento Civil, el cual debe ser interpretado bajo el prisma constitucional- interpretación flexible, aperturista y garantista, bajo criterios de proporcionalidad, oportunidad, necesidad y razonabilidad-.

El Tribunal Constitucional español al referirse al artículo 24.2 de la Constitución española y referido a al derecho a la prueba, ha dicho que la Constitución ha convertido en un derecho fundamental el de "utilizar los medios de prueba pertinentes" en cualquier tipo de proceso en que el ciudadano se vea involucrado, derecho que involucra que las pruebas sean admitidas y practicadas por el juez o tribunal que al haber sido constitucionalizado, impone una nueva perspectiva y una sensibilidad mayor en relación con las normas procesales atinentes a ello, de suerte que deban los tribunales proveer a la satisfacción de tal derecho, sin desconocerlo ni obstaculizarlo, siendo preferible en tal materia incurrir en un posible exceso en la admisión de pruebas que en su denegación.[280]

Concluyamos este apartado indicando que el tema de la proposición de los medios probatorios debe ser analizado en forma garantista, pues en definitiva está en juego un derecho constitucional donde la limitación válida desde la visión constitucional, solo será aquella que igualmente pueda tener una base de tal naturaleza –constitucional-.

3.4. Derecho a la contradicción a la prueba judicial.

Se trata del derecho a oponerse a la admisión de los medios de prueba propuesta por el contendor judicial, por causas de ilegalidad, impertintencia, irrelevancia, inidoneidad o inconducencia, ilicitud, irregularidad en la proposición o extemporaneidad, lo que en materia probatoria se presenta como una emanación del derecho constitucional a la defensa, cuyo objetivo es que los medios promovidos no puedan legalmente ingresar al proceso y producir sus efectos procesales, todo lo que en definitiva se ubica en el principio denominado contradicción a la prueba.

De esta manera se trata de un derecho constitucional que no puede ser desconocido y que en los diferentes sistema de procedimiento encuentra ubicación, ello no obstante que y como veremos, existen procedimientos donde el tema en forma alguna fue regulado, por lo que se hace necesario hacer dos precisiones concretas a saber: la primera es que en tratándose de un derecho constitucional de aplicación

---

[280] Jairo PARRA QUIJANO. Manual de Derecho Probatorio. Décima Quinta edición, Editorial Librería Profesional. Bogotá, 2006. p. 117.

procesal, no importa si existe o no regulación en el sistema de procedimiento que se trate, pues esté o no regulado el derecho tratado no puede ser desconocido y mucho menos limitado; en segundo lugar es importante destacar que los diferentes procedimientos existentes en nuestra legislación que regulan la posibilidad de oposición a la admisión de los medos probatorios, establecen como motivos o causales la manifiesta ilegalidad, impertinencia, ilicitud o inidoneidad, vale decir, que como tal no regulan todos y cada uno de los eventuales motivos que pudieran conducir al ejercicio de la oposición en cuestión.

En esta última situación es donde precisamente debe imperar la aplicación de un criterio garantista, en el sentido que tratándose de un derecho constitucional, su aplicación e interpretación debe hacerse de manera efectiva, amplia o aperturista, lo que se traduce en el hecho que y aún existiendo solo la regulación de determinados motivos de oposición, siendo esta una materia de orden público constitucional, debe considerarse comprendida la posibilidad de hacer oposición en base a cualquier motivo, tales como ilegalidad, impertinencia, irrelevancia, ilicitud, irregularidad en la proposición del medio, inidoneidad o inconducencia, intempestividad, falta de identificación del objeto de la prueba y en general cualquier motivo razonable que permita excluir el medio probatorio. Lo dicho debe conducir a considerar como una práctica inconstitucional y antigarantista aquella que limita el derecho de contradicción a los únicos motivos regulados en la ley.

Pero veamos la regulación contenida en los diferentes sistemas de procedimiento, a cuyo efecto comencemos con el caso del procedimiento civil, donde y conforme a lo previsto en el artículo 397 del Código de Procedimiento Civil, podrán las partes oponerse a la admisión de los medios probatorios propuestos por su contendor judicial, cuando los mismos sean manifiestamente ilegales o impertinentes, lo que deberán hacer en el lapso de tres (3) días de despacho siguientes al vencimiento del lapso de promoción de pruebas. Importa destacar que en cuanto al momento de oposición a los medios de prueba en el procedimiento civil oral, que igualmente aplica para el tema marítimo, no hubo regulación ni del lapso de oposición ni de providenciación de pruebas, por lo que algunos tribunales aplican por analogía el lapso del procedimiento ordinario, en tanto que otros señalan que la oposición debe hacerse en cualquier momento antes de la admisión y ésta debe producirse dentro de los tres (3) días de despacho siguientes al vencimiento del lapso de promoción, por aplicación del tantas veces citado artículo 10 del Código de Procedimiento Civil.

Por su parte en materia penal se observa, que si bien el artículo 314 del Código Orgánico Procesal Penal señala en la decisión que dicte el juez de Control respecto a la admisión de la acusación, deberá contener el pronunciamiento sobre la admisión y estimulación respecto a los medios probatorios propuestos por las partes, como tal no hubo regulación respecto al momento procesal cierto donde las partes pueden ejercitar su derecho de contradicción a la admisión de los medios probatorios, lo que y en

aplicación de un razonamiento lógico debe conducirnos a señalar, que esta oportunidad deberá ser precisamente en el debate que al efecto se produzca en la audiencia preliminar, ello con el fin que precisamente el juez de Control emita en la decisión que admita la acusación, el pronunciamiento que corresponda respecto a los medios probatorios propuestos; no obstante a ello, existen algunos criterios conforme a los cuales el momento de contradicción a los medios probatorios quedaría diferido para la audiencia oral llevada ante el juez de Juicio, criterio éste que y respecto a los medios propuestos en la oportunidad anterior a la celebración de la audiencia preliminar, donde ya se ha producido un pronunciamiento sobre la admisibilidad de los mismos por parte del juez de Control, no parece que es estéril la oposición posterior –audiencia de juicio- pues el medio ya se encuentra admitido y como tal, el derecho que compete a las partes es otro, tal como lo serán bien el control a la evacuación del medio o su impugnación respecto a los resultados.

En materia laboral tampoco la Ley Orgánica Procesal del Trabajo reguló en forma alguna momento procesal para la oposición a las pruebas, existiendo al efecto también dos criterios: uno conforme al cual la oposición podría hacerse en cualquier momento antes de que se produzca su admisión; el otro conforme al cual la oposición quedaría diferida para el momento de la audiencia oral y pública, caso este último donde se presenta el inconveniente que ya previamente existe un pronunciamiento sobre la admisión de los medios que serán evacuados en la precitada audiencia oral, de manera que en este momento no cabría una oposición diferida sino otro tipo de defensas, como el control y la impugnación señalada en el párrafo anterior, de manera que nos inclinamos por el primero de los escenarios, donde la oposición puede hacerse en cualquier momento luego de propuestos los medios, teniendo como límite máximo la admisión de los mismos

En el procedimientos de niños y adolescentes, la Ley Orgánica que regula la materia no previó regulación alguna respecto de la oportunidad procesal para que las partes pudieran oponerse a la admisión de los medios probatorios propuestos por las partes, de los motivos de oposición, del momento y requisitos de admisión, de la posibilidad de recurrir de la providenciación de las pruebas –recurribilidad-.

En materia agraria la Ley de Tierras y Desarrollo Agrario no reguló lapso alguno de oposición, lo que nos permitirá sugerir en aplicación de un criterio garantista, que deberá aplicarse analógicamente el lapso ordinario civil de tres (3) días, sin perjuicio del criterio que la oposición pueda producirse en cualquier momento antes de su providenciación.

Por último y respecto a los procedimientos contenciosos administrativos, observamos que conforme al artículo 62 de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, en el caso de reclamaciones de carácter patrimonial las partes podrán oponerse a la admisión de los medios probatorios

propuestos por las partes en un lapso de tres (3) días de despacho siguientes a la presentación de los medios, por motivos de manifiesta ilegalidad o impertinencia; en las demandas de contenido no patrimonial a que se refiere el artículo 65, no hubo regulación alguna del lapso en cuestión; y en el procedimiento común para demandas de nulidad, interpretación y controversias administrativas, en forma torticera nos dice el artículo 84 que […] *Dentro de los tres días de despacho siguientes a la celebración de la audiencia de juicio, el tribunal admitirá las pruebas que no sean manifiestamente ilegales, impertinentes o inconducentes y ordenará evacuar los medios que lo requieran, para lo cual se dispondrá de diez días de despacho, prorrogable hasta por diez días más. Si no se promueven pruebas o las que se promuevan no requieren evacuación, dicho lapso no se abrirá. Dentro de los tres días siguientes a la presentación de los escritos de pruebas, las partes podrán, las partes podrán expresar si convienen en algún hecho u oponerse a las pruebas que aparezcan manifiestamente ilegales o impertinentes*.”. Observemos de la norma transcrita, que en un mismo lapso de tres (3) días se reguló la realización de dos actividades, una de las partes para poder oponerse a las pruebas y otra del juez que debe providenciarlas, vale decir, que este supino legislador se contradice al colocar en un mismo tiempo procesal dos actividades diferentes, lo que en definitiva se traduce, bien en que no hubo regulación del lapso de oposición o bien, que no hubo regulación del lapso de providenciación, pues uno de estos dos lapsos contradictorios necesariamente debe ser sacrificado.

Como podemos observar de los diferentes procedimientos contenidos en nuestras leyes, primeramente hay una marcada tendencia a no regular el tema de la oposición, lo que se traduce en una censurable e intolerable omisión, cuando precisamente estamos en presencia de un derecho constitucionalizado, lo que es consecuencia -conforme a nuestra experiencia docente, donde hemos tenido la oportunidad de darle clases a diputados a la Asamblea Nacional, a ex Constituyentes, a magistrados del Tribunal Supremo de Justicia y demás altos funcionarios públicos- de la ignorancia respecto a que el tema está constitucionalizado, sin perjuicio de la poca o mediocre preparación generalizada en materia probatoria, por lo que no se trata de una política legislativa adrede sino de falta de estudio, especialmente de nuestro legislador supino; en segundo término observamos que las pocas leyes que regulan el tema son limitadas respecto a los motivos de oposición.

Lo cierto es que como hemos indicado y sin perjuicio que debería existir en cada caso una regulación expresa sobre el tema, que tratándose de una cuestión constitucional, la falta de regulación respecto a los dos aspectos mencionados, para nada impedirá el ejercicio del derecho que analizamos, para lo cual el judicante debe hacer un ejercicio mayor a través de una interpretación garantista que permita el cabal derecho de contradicción, por lo que la ignorancia de nuestro legislador debe necesariamente ser corregida por los jueces.

3.5. Derecho a la providenciación de los medios probatorios propuestos.

Es otro de los aspectos que comprende el derecho constitucionalizado de acceso al sistema probatorio, consistente en el derecho que tienen las partes a que los medios probatorios que hayan propuestos sean objeto de pronunciamiento por parte del órgano jurisdiccional, así como a su debida admisión, cuando cumpla con los requisitos legales en la forma que se ha analizado, aspecto este que a su vez comprende la debida imparcialidad que debe tener el judicante no sólo al momento de sentenciar, sino para éste momento tan importante como lo es el examen sobre la admisión de los medios probatorios.

Es pertinente destacar, que aún y cuando la ley establezca que la inadmisión sólo se refiere a la manifiesta "ilegalidad" e "impertinencia", a lo que se suma ocasionalmente otros motivos –ilicitud en materia penal e inidoneidad en el contencioso administrativo- producto de la constitucionalización del derecho que tratamos y que obliga a una interpretación extensiva, garantista y aperturista de las normas legales que tratan la prueba judicial, no sólo las partes, sino que de oficio, el juez debe analizar aspectos como la relevancia, conducencia, licitud, tempestividad, regularidad en su proposición, los cuales se refieren a la admisión del medio probatorio y que en nada afecta **ni se conecta con su eficacia o valoración de las fuentes probatorias que inhabilitaria al juzgador a pronunciarse antes de la sentencia sobre estos aspectos,** situación ésta que a diario se observa en los tribunales de la República, producto del desconocimiento sobre el tema probatorio.

Otro aspecto que debe considerarse en este momento se refiere a la forma de la providenciación de los medios probatorios propuestos, en el sentido que la decisión del judicante, haya habido o no oposición a la admisión, debe estar debidamente motivado, analizando –incluso de oficio- el cumplimiento de todos los requisitos de admisión que conducirán a la admisión o no de los medios propuestos, lo que debe dejar de manifiesto expresamente en la citada decisión y que en definitiva debe conducir a desterrar de nuestro sistema, aquella práctica viciada de una motivación simplista que en definitiva se traduce en inmotivación lesiva del derecho a la tutela judicial efectiva, cuando el judicante se limita a decir que por cuanto los medios propuestos no son manifiestamente ilegales o impertinentes, se admite salvo su apreciación en la definitiva. Esta forma de actuar sin motivación alguna es lesiva del derecho de acceso al sistema probatorio, lo que también se presenta cuando el judicante desecha cualquier otro motivo de oposición –diferente a la manifiesta ilegalidad o impertinencia- bien con el argumento supino de no estar regulado en la ley, bien con el argumento que estaría emitiendo opinión al fondo, casos estos donde se resiente el derecho en estudio y que deja de manifiesto una ignorancia típica sobre el tema.

Por último interesa destacar la regulación en materia de niños y adolescentes, que conforme al artículo 476 de la Ley que trata el tema […] *Una vez resueltos los aspectos señalados en el Artículo anterior, el juez o jueza debe revisar con las partes los medios de prueba indicados en los respectivos escritos, analizando los que hubieren sido consignados, así como aquellos con los que cuenten para ese momento. El juez o jueza debe decidir cuáles medios de prueba requieren ser materializados para demostrar sus alegatos, pudiendo verificar la idoneidad cualitativa y/o cuantitativa de los mismos, a fin de evitar su sobreabundancia y asegurar la eficacia respecto del objeto de la controversia o la necesidad de que sean promovidos otros. El juez o jueza debe ordenar la preparación de los medios de prueba que requieren materialización previa a la audiencia de juicio, convocando a las partes para los actos que se señalen, solicitando las experticias correspondientes u oficiando a las oficinas públicas o privadas, o a terceros extraños a la causa, la remisión de las informaciones necesarias o datos requeridos. Excepcionalmente, también puede comisionarse a otros tribunales que deban presenciar determinadas actuaciones probatorias de conformidad con su competencia territorial, cuando éstas sean imprescindibles para decidir la controversia. El juez o jueza puede ordenar, a petición de parte o de oficio, la preparación o evacuación de cualquier otra prueba que considere necesaria para el mejor esclarecimiento de la verdad. La fase de sustanciación de la audiencia preliminar puede prolongarse así cuantas veces sea necesario hasta agotar su objeto. Concluida la preparación de las pruebas, se da por finalizada la audiencia preliminar. En ningún caso, la fase de sustanciación de la audiencia preliminar debe exceder de tres meses. El juez o jueza debe dejar constancia en auto expreso de la terminación de la audiencia preliminar y remitirá el mismo día o al día siguiente el expediente al juez o jueza del juicio."* De la lectura de la norma en comento observamos que el juez deberá decidir cuales medios de prueba propuestos requerirán evacuación anticipada por su naturaleza y además deberá verificar la idoneidad "**cuantitativa**" y "**cualitativa**" de las mismas, esto es, la cualidad y cantidad de la prueba, lo que no tenemos ni las más mínima ideas a que se refiere esto, pues en todo caso, como indica TARUFFO, estos son elementos referidos eventualmente a la valoración de las fuentes, no a la admisión de medios.

Dice TARUFFO al tratar el elemento cuantitativo en el teorema de Bayes referido a la "probabilidad cuantitativa", que se trata de un lugar común usado con frecuencia en la teoría de los medios de prueba y de la prueba, donde la idea principal que subyace de la teoría, e que por medio del cálculo de probabilidades matemáticas, es posible determinar el índice de probabilidad que debe atribuírsele a un determinado enunciado o hipótesis fácticos. Cuando el enunciado versa sobre un hecho litigioso, los medios de prueba ofrecen los puntos de partida del cálculo, que se desarrolla siguiente el precitado teorema de Bayes, donde el resultado es un número entre 0 y 1, el cual supone expresa el grado de fiabilidad del enunciado o hipótesis fácticos sobre la base de los medios de prueba considerados. Cuando hay que tomar en cuenta varios medios probatorios y por tanto hay que extraer varias inferencias a fin de conectare las pruebas disponibles con el hecho litigioso, el modelo de cálculo –dice el maestro italiano- se vuelve extremadamente complejo, pero el cálculo siempre tendrá por objeto determinar el

índice de probabilidad del enunciado o hipótesis fácticos de acuerdo con los medios de prueba relevantes.[281]

Como podemos observar el método de de Bayés en cuestión se conecta con la valoración de los medios probatorios respecto a la probabilidad de que determinará el grado de fiabilidad de los enunciados de hecho, no respecto a la admisión del medio de prueba, de manera que y en consideración a lo indicado ratificamos el disparate que se presenta en materia de niños y adolescentes.

PARRA QUIJANO al referirse a este derecho y con el rotulado “derecho a que se decreten las pruebas” señala que la Corte Constitucional colombiana ha indicado que el derecho en cuestión vulnera cuando: a. Hay falta de respuesta a la petición de una prueba, lo que vulnera el derecho a la defensa; c. La autoridad administrativa no determina si decreta o no las pruebas solicitadas antes de resolver sobre el fondo; c. Se rechaza de una prueba que sea legalmente conducente, generando indefensión y lesión al debido proceso; d. Existiendo duda respecto a la pertinencia o conducencia del medio probatorio, no se apuesta a su admisión; e. Se produce un rechazo a la prueba sin motivación, lo que impedirá a las partes conocer el contenido del rechazo y controlarlo a través de los recursos; y f. No hay decreto de pruebas fundamentales para demostrar las pretensiones, lo que vulnera el derecho a la defensa.[282]

3.6. Derecho de recurribilidad a la providenciación de los medios probatorios.

Como parte del derecho de acceso al sistema probatorio y especialmente en cuanto a su protección, que se conecta con el derecho a la defensa y a la tutela judicial efectiva, se ubica el derecho a recurrir de la providencia que provea o resuelva la admisión o no de la prueba judicial, aunque debe advertirse que no todos los sistemas de procedimiento hacen regulación expresa del tema, lo que para nada debe considerarse como su eliminación o limitación, pues insistimos se trata de un derecho positivado como fundamental.

En este sentido insistiremos que ante la falta de regulación de la posibilidad de recurrir a la providenciación sobre la admisibilidad de los medios de prueba o de recurrir solo ante la inadmisibilidad de las mismas, como supina e infelizmente ocurre en material procesal laboral –ver artículo 76 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo- debe privar el derecho constitucional que con un criterio interpretativo garantista, permita acceder al derecho recursivo.

En este sentido el jurista panameño Jorge FÁBREGA sostiene que esta situación no solo limita el control de la legalidad de la decisión sobre la prueba en alzada, sino en casación, de los errores

---

[281] Michele, TARUFFO. Ob. cit. p. 31.
[282] Jairo PARRA QUIJANO. Ob. cit. pp. 122 y ss.

probatorios que de manera indirecta lesionan la ley, producto de una eventual falsa aplicación que se conecta con la falta de aplicación consecuencial. [283]

Debemos precisar que toda regulación legal que interdicte el ejercicio de apelación contra la decisión sobre la admisión o no de medios probatorios, al presentarse como inconstitucional debe superarse, bien mediante la reinterpretación garantista del tema, bien desaplicando por control difuso la norma legal para aplicar con preferencia la norma constitucional y permitir el acceso al sistema de recursos.

3.7. Derecho a la materialización de los medios probatorios admitidos.

Se trata del derecho a que la prueba luego de admitida, sea evacuada en tiempo procesal oportuno, lo que involucra el derecho a conocer de manera anticipada, el día, lugar y hora en que tendrá lugar la materialización de la prueba, destacándose que existen medios de prueba que por su naturaleza, requiere que su evacuación se realice de manera anticipada y que sus resultado consten en las actas del proceso, para que sean conocidas y analizadas por las partes, antes del momento procesal de su discusión en el proceso, como ocurren con la **experticia en los procesos orales por audiencia, lo que garantizará un cabal ejercicio del derecho a la defensa**.

Es importante señalar que la materialización de los medios probatorios en el marco del proceso judicial y conforme a los procedimientos legales establecidos, marcan la regularidad del medio que permitirá ser considerado como material para formar la convicción judicial, especialmente en el sistema de los procedimientos orales, donde el único medio de prueba que puede ser considerado por el judicante y valorado para formar su convicción judicial a través de un ejercicio de verificación de los enunciados fácticos por comparación con las fuentes propuestas por las partes o traídas oficiosamente por el juez mediante su actividad oficiosa, que sea debatida, contradicha, controlado en bilateralidad en la audiencia oral, con inmediación, concentración y publicidad, sin perjuicio de la anticipación de medios probatorios, será aquella que se incorpore en éstos términos a la audiencia oral, de manera que toda otra actividad a espalda del cumplimiento de los precitados principios, no será valida para ser considerada como capaz de sustentar la convicción judicial, tal como por ejemplo sucede en materia penal cuando subrepticiamente se pretende utilizar como medio probatorio actos de investigación que se han realizado en la fase de preparación sin intervención del acusado, lo que se hace a través del fraude de la incorporación en la audiencia del acta respectiva para su debate oral, con el fin precisamente de

---

[283]. Ob. Cit. p. 33.

supuestamente "garantizar" la contradicción y demás principios y que generalmente, es aceptado por el judicante en lesión de derechos constitucionales, sirviendo como prueba de cargo del fiscal acusador.

Pero este aspecto del sistema probatorio constitucionalizado que tratamos, también involucra lo referido al derecho que tienen las partes, en caso que la prueba no se evacue en el lapso legal por causas no imputables a ellas, a que las mismas sean ordenadas y practicadas de oficio por el tribunal, de manera que en este tema –positivación del derecho de acceso al sistema probatorio- la actividad oficiosa del judicante también se encuentra presente, no para suplir la carga probatoria que corresponde a cada parte, sino para ordenar medios en los casos por causas no imputables a las partes éstas se vena imposibilitadas de cumplir con su carga.

3.8. Derecho al control de los medios de prueba.

Se refiere al derecho efectivo –carga procesal- de estar presente al momento de la materialización de los medios probatorios admitidos para hacer las observaciones, planteamientos o cualquier consideración, así como impugnación en sentido general, a los medio de prueba o sus resultas, trátese de aquellas aportadas por las partes o traídas oficiosamente por el operador de justicia.

El control sobre los medios de prueba, en sentido dicho, se presenta en consecuencia como el derecho que tienen las partes en el proceso, de concurrir a los actos de evacuación de los medios probatorios promovidos y admitidos, a fin de realizar las actividades asignadas a ellas por la ley, según su posición procesal e igualmente, para hacer las observaciones y reclamos que consideren necesario, de manera que las partes tienen derecho de conocer los medios de prueba antes de su evacuación, así como el momento señalado para su recepción en autos, todo con el fin de que puedan asistir a su evacuación y hagan uso de los derechos que permitan una cabal incorporación a la causa de las fuentes que se traen por los medios, ya que el principio en cuestión tiene por fin evitar que se incorporen a los autos fuentes traídas por medios probatorios realizados a espaldas de las partes, donde no ha existido una vigilancia y fiscalización de los medios.

En este sentido, el derecho de control se manifiesta por ejemplo, a través de la repregunta a los testigos; a través de las preguntas que se le formulan a los terceros que vienen al proceso a ratificar el contenido de instrumentos emanado de ellos; a través de las observaciones que pueden realizarse al momento de materializar una inspección judicial; a través de las observaciones que pueden realizar a los expertos, bien en forma oral o escrito, las tachas de testigos y de instrumentos públicos y privados, así como el desconocimiento de éste último entre otros, lo que en definitiva se trata de la bilateralidad necesaria en esta materia, especialmente en los procedimiento orales donde cada medio debe ser sometido

a la "contradicción" en sentido de control, audiencia o bilateralidad, sin lo cual no podrán ser considerados como aptas e inmaculadas para formar la convicción judicial.

Solo aquellos medios que sean aportados al proceso y legalmente admitidos, que sean tratados en bilateralidad o con audiencia del contendor judicial, dentro del proceso o en la audiencia oral, según sea escrito u oral el procedimiento, salvo la anticipación de medios, serán capaces de servir para la verificación de los enunciados y consiguiente convicción judicial, lo contrario se presenta como una lesión al derecho de acceso al sistema probatorio y más concretamente al adefensa.

3.9. Cadena de custodia de evidencia física, elemento material probatorio y demás fuentes probatorios obtenidas legal y lícitamente.

Dentro de los derechos constitucionales aplicados a la materia probatoria o más concretamente, desdoblando el derecho de acceso al sistema probatorio, que también forma parte deldebido proceso constitucional, se ubica el tema de la cadena de custodia de evidencias físicas, elemento material probatorio y demás fuentes probatorias, especialmente en el marco del sistema de procedimiento penal; las primeras –**evidencias físicas**- que están constituidas por cualquier –fuentes probatorias materiales- cosa que de manera directa o indirectamente se relacione con el hecho punible que se investiga por parte del órgano de investigación penal, fundamentalmente por le Miniserio Público y el Cuerpo de Investiacioes Científicas, Penales y Criminalística, que sirven para observar, sustentar u oponerse –orientación y seguimiento- a una determinada teoría del caso que pueda sostener el Ministerio Público o la defensa en la investigación, así como los órganos de investigación policiales,[284] más concretamente –siguiendo al profesor colombiano Antonio Luís GONZALEZ NAVARRO- se trata de aquellas huellas, vestigios, rastros, traza, pistas, impresiones, estela, señales o indicaciones que se encuentra y ubican bien en el lugar del suceso, en algún lugar relacionado directa o indirectamente con el mismo o donde se encontraban los sujetos que habrían cometido el hecho punible

Por **elemento material probatorio** o simplemene **elemento probatorio**, se entiende como la fuente que tiene vocación probatoria y que puede ser utilizada en el proceso judicial como prueba, vale decir, la evidencia física que más allá de la orientación y determinación de la investigación, por su vocación probatoria para demostrar la teoría del caso en el proceso judicial, pueden servir como prueba de los hechos; también y como expresa GONZALEZ NAVARRO, se refiere al medio, instrumento objeto que sirve para la búsqueda de la verdad antes que llegue al proceso judicial, de manera que –indica- la evidencia

---

[284] Ricardo MORA IZQUIERDO y MARÍA DOLORES SÁNCHEZ. La Evidencia Física y la Cadena de Custodia en el Procedimiento Acusatorio. Editorial Fráficos Colombia.Bogtá, 2007.

física puede convertirse en elemento material probatoriodesde el mismo momento en que el operador investigativo judicial lo fija medante los procedimientos técnicos para este evento y lo ingresa a la investigación mediante un protocolo de cadena de custodia, atendiendo a si ese elemento material probatorio es macro o micro.[285] Luego y respecto a nuestro sistema de procedimiento, destacamos que no resulta de aplicación exacta las palabras del profesor colombiano, pues la evidencia física que serva para orientar la investigación y que pueda servir para demostrar los hechos investigados que y conforme a los instrumentos y procedimientos criminalísticos y de investigación puedan tener vocación probatoria y servir de prueba para la acreditación de los hechos que se afirmen en una acusación, convirtiéndose así en elementos materiales probatorios, así como éstos últimos como parte del derecho de acceso al sistema probatorio y del debido proceso deber pasar por el procedimiento de cadena de custodia para garantizar la mismidad u originalidad que evita toda modificación, alteración, sustracción, contaminación o sustitución.

Dicho esto indiquemos que la **cadena de custodia** en los términos del artículo 187 del Código Orgánico Procesal Penal, es un procedimiento aplicable a las evidencias físicas, materiales y digitales, esto es, a las evidencias físicas en general y los elementos materiales probatorios señalados, que tiende a evitar la modificación, alteración y contaminación de la misma desde el momento de su ubicación en el sitio del suceso o en su lugar de hallazgo, su trayectoria por las diferentes dependencias de investigación penales, criminalísticas y forenses, la consignación de los resultados a la autoridad competente, conretamente su presentación en la audiencia pública y oral, hasta la culminación de proceso, que comprende la inspección técnica en el sitio del suceso y del cadáver si fuere el caso, la identificación o ubicación de la misma, fijación fotográfica o por cualquier otro medio, colección, embalaje, rotulado, etiquetado, sellado, registro, preservación, traslado y resguardo por las dependencias de investigación penales, criminalísticas y ciencia forenses, cuyos procedimientos generales y específicos para la demostración de su integridad desde la investigación hasta la culminación del proceso como se ha indicado, se ubica en el Manual Único de Procedimiento en Materia de Cadena de Custodia de Evidencias Físicas que entraría en vigencia en octubre del año 2012.

La cadena de custodia como procedimiento o instrumento garantiza la autenticidad, legalidad y mismidad de las evidencias físicas y elementos materiales probatorios, que evita su modificación, alteración, contaminación o sustitución, tiene ubicación constitucional tanto en las funciones que corresponden al Ministerio Público y específicamnte el aseguramiento de fuentes probatorios, como en el derecho de acceso al sistema probatorio, lo que podemos ubicar en el concepto mayor de debido

---

[285] Antonio Luís GONZALEZ NAVARRO. Los Actos de Investigación en el Proceso Penal Acusatorio. Editorial Leyer. Bogotá, 2009. pp.727 y 728.

proceso. Lo dicho se conecta con el tema de la legalidad y licitud de la evidencia física y elementos materiales probatorios que quieran ser utilizados en el proceso judicial como fuente probatoria para la acreditación de los hechos debatidos, especialmente de la acusación, pues su ausencia, incumplimiento de los procedimientos previsto en el precitado Manual Único o indebida aplicación, contaminan la misma y eventualmente conducirá a su desecho, por el alto grado de sospecha en cuando a su modificación, alteración, contaminación o sustitución, más concretmente, la ausencia de garantías de autenticidad, legalidad y mismidad, con la advertencia que el problema o falencia pueden ubicarse no solo en el tema de la cadena de custodia, sino en un estadio anterior a la misma, respecto a la licitud de la fuente probatoria, a su forma de obtención, de manera que la cadena de custodia puede estar perfecta, ubicándose la lesión constitucional en el tema de la ilicitud en cuanto a la forma de obtención de esa fuente, evidencia física o elementos material probatorio en el lugar del suceso o donde se hubiese encontrado.

Lo dicho nos conecta con varios problemas, el primero respecto a la inexistencia de la cadena de custodia que se conecta con la legalidad de la fuente, evidencia física o elemento material probatorio, planteándose el problema si el procedimiento de la caden de custodia es el único que permite garantizar la mismidad, autenticidad o legalidad de las precitas evidencias; pero tambiénse presenta el problema de si la ausencia, incumplimiento o lesión al procedimiento de la cadena de custodia directamente conducen al desecho de la evidencia física y más aún, si se trata de un problema de admisibilidad que deba ser tratado por el juez de Control en la audencia preliminar o si se trata de un tema de valoración que corresponde al juez de Juicio, incluso pudiéramos preguntarnos si se trata de un problema que atañe a los dos jueces y en diferentes etapas del proceso penal, pues estamos en presencia de problemas de licitud, legalidad y eficacia probatoria de evidencias físicas y elementos materiales probatorios que pueden hacerse valer en las precitadas audiencias, en forma recursiva por via constitucional y por falso juicio de legalidad –infracción indirecta de la ley- así como por falso juicio de valoración.

El tema es extenso y complejo y no es éste el lugar para desarrollarlo, pues el planteamiento lo hacemos para que se observe que y aunque el esfuerzo del Manual de Procedimiento es aplaudible, pues se permite garantizar el tema de la investigación criminalística respecto a las evidencias físicas y elementos materiales probatorios, se olvidó la regulación de su tratamiento en el proceso judicial, vale decir y como lo hemos expresado, si se trata de un problema de admisión o de valoración, incluso si el procedimiento de la cadena de custodia es la única vía permitida para garantizar el derecho de acceso al sistema probatorio en este rubro y el debido proceso, la mismidad, legalidad o autenticidad, pues la valoración de dichas evidencias y materiales probatorios deben pasar por el tamiz de la licitud, legalidad, autenticidad y cadena de custodia. Otro problema nome no menos importante es la prueba de la cadena de custodia,

pues nos debemos preguntar si al proceso deben acudir todos aquellos sujetos que han manipulado y por manos de quienes ha pasado la evidencia física y elementos materiales probatorios, o simplemente servirá la planilla que se llene al respecto conforme al ya citado Manual.

En todo caso y respecto a lo que nos interesa en este momento, tenemos que la cadena de custodia como procedimiento que garantiza la mismidad, autenticidad y legalidad de la evidencia física y elementos materiales probatorios, es un tema constitucional ubicado en el debido proceso, que forma parte del derecho de acceso al sistema probatorio en los términos que hemos señalado.

3.10. Derecho a la valoración racional y motivada de las fuentes probatorias. Derecho a la prueba judicial.

Por último pero con mayor importancia en el estudio que abordamos, el derecho constitucional de acceso al sistema probatorio, involucra o se desdobla en el derecho a que la formación de la "prueba", vale decir, que los hechos sean verificados o comprobados con su comparación con las fuentes que se lleven al proceso conforme a los medios que se propongan o que oficiosamente pueda ordenar el judicante y que permitan su convicción o certeza judicial respecto a los hechos afirmados por las partes como fundamentos de sus diferentes pretensiones, actividad toda esta que debe quedar plasmada en el acto sentencial, concretamente la comparación, la verificación, el grado de convicción dado a cada fuente probatoria y el resultado definitivo que no será otro que la formación de la precitada "prueba" judicial.

Importa destacar que el derecho a la tutela judicial efectiva comprende el derecho a obtener decisiones motivas, razonadas, congruentes, lógicas, racionales, razonables y que no sean jurídicamente erróneas, decisión que debe ser el producto de un análisis complejo tanto de la cuestión de hecho como de derecho, que permita a los justiciable y a la comunidad o sociedad en general saber el criterio jurídico que utilizó el operador de justicia para dictar su fallo y producir un determinado resultado, todo lo que permite ejercer el debido control sobre las decisiones judiciales a través de las vías recursivas ordinarios o extraordinarias y eliminar toda vestigio de arbitrariedad judicial.

En cuanto a nuestro estudio, el análisis debe referirse a la cuestión de hecho, donde el operador de justicia debe establecer o verificar los hechos controvertidos y concretos del proceso –tema de la prueba judicial- mas aún, verificar si las afirmaciones o negaciones hechas por las partes como fundamento de sus pretensiones o excepciones, función esta que se realizará mediante la congruencia que debe existir entre los argumentos de hecho expuestos por las partes en sus escrito de alegaciones –demanda, contestación, acusación, defensa- y las fuentes aportadas por estos –carga- o allegada al proceso mediante la actividad probatoria oficiosa –verificación- de manera que el tema de la prueba judicial recae

en concreto sobre los hechos controvertidos en el proceso y afirmados por las partes, debiendo el juez establecerlos o fijarlos en su decisión judicial, luego de constatar o verificar su identidad con las fuentes, todo lo que será producto de la apreciación de las pruebas judiciales –*rectius*: fuentes-.

Esta actividad compleja, volitiva y de ciencia, debe ser el producto de una debida explicación por parte del juez, mediante argumentos lógicos, congruentes, razonables, racionales, que no sean contrarios a las máximas de experiencia, los criterios seguidos para la apreciación individual y conjunta de las pruebas aportadas al proceso, para poder concluir si los hechos enunciados han sido o no demostrados, si ocurrieron o no, de manera que el juez debe explicar cual es el grado de convicción que en su mente ha generado esta actividad y que en definitiva produzca lo que hemos denominado "prueba" judicial como resultado que determina la certeza o convicción judicial respecto a los fácticos enunciados.

La falta de apreciación de la prueba –silencio o supresión probatoria- apreciación parcial –desnaturalización o tergiversación- la adición –suposición probatoria- la inexactitud en su apreciación –suposición errónea, falsa, equivocada o tergiversada- la apreciación mediante razonamiento ilógicos, incongruentes, irracionales, irrazonables, absurdos, contrarios a máximas de experiencia o a criterios científicos, constituyen en definitiva una anomalía o falencia en la apreciación y valoración probatoria, que puede ser censurada por la vía recursiva ordinaria o extraordinaria, lo que puede derivarse y controlarse a través de la debida motivación que de la prueba debe realizar el operador de justicia, que en definitiva es una lesión al derecho constitucional de acceso al sistema probatorio.

Pero hemos dicho que dentro de las corrientes modernas en materia probatoria, así como en base a la constitucionalización del tema, resulta una limitación al derecho el sistema de la tarifa legal, por tratarse de una valoración apriorística del legislador que priva de la libertad de criterios y razonamiento judicial,[286] todo lo que debe ser sustituido por el sistema de sana crítica, libre convicción razonada o reglas del correcto entendimiento humano, donde si bien el juzgador es libre de apreciar las fuentes, esta libertad se ubica dentro de aspectos como la debida y correcta motivación sobre el criterio respecto a la formación de la "prueba", partiendo de las fuentes producidas por los medios, o que en definitiva le permitirá construir la premisa menos silogística a través de la actividad probatoria.

El operador de justicia en el marco de la sana crítica, debe analizar la fuentes de la prueba, los datos que sirven de prueba, la verosimilitud de su contenido, la cohesión o conexión entre los distintos medios o fuentes de prueba, las reglas de la lógica y de la experiencia, el carácter de autor de la prueba, la actuación de las partes, así como las regulas científicas,[287] todo lo que debe estar debidamente sostenido

---

[286] Recordemos con SENTIS MELENDO, que si no hay libertad de apreciación de la prueba, no hay tal prueba, pues la tarifa legal es un sucedáneo de pruebas. Ob. cit. p. 252.
[287] Jorge FÁBREGA. Ob. cit. p. 342

en la decisión mediante los argumentos o motivaciones pertinentes para cada caso, ya que esta actividad valorativa de la prueba, no es mas que un acto de razonamiento fundado en reglas lógicas, experiencia y conocimientos científicos –como indicamos-.

Pero insistimos que en la aplicación de la sana crítica el judicante debe hacer uso de las reglas lógicas, de la experiencias y los conocimientos científicos, las primeras –**reglas de la lógica o leyes supremas del pensamiento como operación en que se fundamentará la certeza**- que son aquellas que gobiernan la elaboración de los juicios y permiten determinar cuáles son verdaderos o falsos, de carácter apriorísticas e independientes de la experiencia, presentes en el razonamiento como necesarios, evidentes e indiscutibles cuando se analizan los pensamiento, están constituidos por leyes fundamentales de "*coherencia*" y "*derivación*", así como por principios lógicos de *identidad*, *contradicción*, *tercero excluído* y *razón sufiente*;[288] y las segundas –máximas de experiencia- de carácter dinámico y apreciables en cada caso concreto –como veremos- que no pueden quedar a la libre voluntad o arbitrariedad del judicante, como ha sucedido y sigue sucediendo en los casos de valoración de pruebas partiendo de criterios subjetivos, propios e internos del judicante basados en sus empíricas experiencias, en sus creencias y demonios, especialmente en medios como testimonios y declaraciones de partes a través de las teorías conductitas o conductuales –conductismo- propia de los años 70´ del siglo pasado, así como a la crítica y técnica del interrogatorio, su comportamiento, expresión corporal y gestual –*kinesia*- presencia, tono de voz, forma de expresión, vocabulario, vestimenta, entre otros elementos que para nada pueden considerarse como válidos para sostener la valoración en base a criterios que no son objetivos sino todo lo contrario, subjetivos basados en la intuición del judicate, que generalmente se fundamentan en su precaria formación, complejos, gustos, peferencias, aflicciones, revanchismos y demás demonios –como hemos señalado- que no representan máximas de experiencia que complementen la aplicación de la sana crítica.

De la mano del maestro españo Jordi NIEVA FENOLL,[289] indicamos que las máximas de experiencia que debe utilizar el judicante han de ser objetivos, basadas en datos y elementos ciertos que

---

[288] Al efecto nos dice DE LA RÚA que la Ley de *coherencia* se refiere a la concordancia o conveniencia entre sus elementos; la *derivación* se refiere a que cada pensamiento provenga de otro con el cual está relacionado, salvo que se trate de un principio, de un juicio que no es derivado sino punto de partida para otros; que de la Ley de coherencia se deducen los principios de: a. *Identidad*: cuando en un juicio el concepto-sujeto es idéntico –total o parcialmente- al concepto predicado, por lo que el juicio es necesariamente verdadero; b. *Contradicción*: cuando dos juicios opuestos entre sí contraductoriamente, no pueden ser ambos verdaderos; c. *Tercero excluido*: Cuando dos juicios opuestos entre sí contradictoriamente, no pueden ser ambos falsos, es decir, uno de ellos es verdadero y ninguno otro es posible. Indica el precitado maestro argentino que de la Ley de la *derivación* se extrae el principio de *razón suficiente*, conforme al cual, todo juicio, para ser realmente verdadero, necesita de una razón suficiente que justifique lo que en el juicio se afirma o niega con pretensión de verdad. La Casación Penal. Editorial Depalma. Buenos Aires, 2000. pp.154 y 155.
De la Ley

[289] Jordi NIEVA FENOLL. La Valoración de la Prueba. Editorial Marcial Pons. Barcelona, 2010. pp 209 y ss.

emanen y cursen en las actas procesales y que permiten a las partes conocer el criterio utilizado en la valoración probatoria, ya no basada en criterios subjetivos e interiores del judicante como los expresados, sino e insistimos de elementos objetivos que permitan apreciar racional y razonablemente cómo el judicante se hizo su criterio y cuales fueron los elementos que analizó, capaces de permitir el conocimiento tanto a las partes como a la comunidad, del criterio de valoración y grado de convicción que la actividad probatoria produjo en el judicante, el esultado finalístico de esa actividad para acreditaro fijas los hechos debatidos y tenerlos como ciertos o no según el caso, simplemente la verificación de los hechos institucionales afirmados y debatidos en el proceso judicial;éstos criterios objetivos que constituyn esas máximas y conocimentos científicos aplicables a todos los medios probatorios y que permiten cumplir con una valoración probatoria basada en la sana crítica que den cumplimiento a la exigencia constitucional del tema probatorio que analizamos serán: a. *Coherencia* de la fuente probatoria referido en general a la estructura lógica y no contradictoria de la misma; b. *Contextualización* de la fuente probatoria, representado por el lugar, modo y tiempo de la ocurrencia de los hechos que pretenden acreditar; c. *Corroboración* de la fuente probatoria con otras cursantes en las actas procesales; y d. *Imparcialidad* de la fuente probatoria.

Los elementos indicados ubicables en cualquier fuente probatoria allegado al proceso por conducto de los medios pertinentes e idóneos, representan las máximas de experiencia que el judicante debe aplicar conforme a la sana crítica y que permiten de manera objetiva y cierta conocer el criterio de valoración, dándole la oportunidad a las partes de cuestionar las mismas recursivamente y ofreciendo a la comunidad un alto grado de confiabilidad en el sistema de justicia al alejar todo elemento de arbitrariedad existente cuando se aplican criterios subjetivos e intuiciones judiciales; destaquemos también que éstos criterios objetivos permiten al judicante la valoración de cualquier fuente y medio probatorio, por más complicado y científico que sea, pues sus elementos se desprenden de las propias actas del proceso y de los datos que se desprenden de esas fuentes, a propósito que y junto con las reglas de la lógica permiten afirmar que se está aplicando consitucionalmente la sana crítica como sistema de valoración racional y razonable.

De esta manera, debe precisarse que si bien la regla a seguir para la valoración de las pruebas en el marco de los derechos constitucionales, especialmente del derecho de acceso al sistema probatorio, es la sana crítica, que deja libertad al juez para crear su convicción, libertad que no es absoluta, pues se limita por la lógicidad, absurdida, racionalidad, razonabilidad, máximas de experiencia, siendo que el desconocimiento de estos aspectos así como de los señalados en el párrafo anterior, los cuales deben estar debidamente motivados en el fallo, no solo lesiona el derecho a la defensa, a la debida motivación

sino al derecho a la prueba judicial como derecho que goza de autonomía en los términos que hemos analizado, todo lo que permite su control a través de los recursos.

En cuanto al tema tratado nos dice PARRA QUIJANO que la Corte Constitucional colombiana ha considerado que la vulneración al derecho a que la prueba regularmente aportada al proceso sea valorada, constituye una vía de hecho por defecto fáctico que viola el debido proceso, lo que también se presenta cuando se produce una valoración irracional, arbitraria y caprichosa, cuando la decisión ha sido dictada sin haberse practicado las pruebas y consecuencialmente tampoco valoradas.[290]

4. REFLEXIONES FINALES Y CONCLUSIONES.

El estudio que hemos realizado ha sido con fines meramente explicativos de la constitucionalización del derecho de acceso al sistema probatorio y los aspectos que comprende, basado en estudios preliminares que hemos preparado para dictar diversas ponencias pronunciadas en los diversos Estados del país, que de manera alguna tiende cerrar el debate al respecto pues solo tiene tintes de meras enunciaciones y someras explicaciones para abrir el debate sobre el tema y despejar un poco las dudas, sin perjuicio de presentarse para algunos estudiantes –no para estudiosos- como algo nuevo.

En este orden de ideas no podemos dejar de expresar nuestra preocupación sobre el tema y las opiniones que hemos vertido, pues de una simple lectura se observará que analizamos la institución probatoria a través del prisma constitucional, que nos permite hacer una flexibilización radical de la forma como se trata el tema probatorio antes y durante el proceso judicial, que mal entendido o entendido con fines chicaneros, permitirá a litigantes y juzgadores relajar el sistema probatorio en perjuicio de los justiciables con fines perversos, dolosos y fraudulentos, contrarios a la buena fe procesal y al debido proceso constitucional y legal, especialmente cuando estamos en presencia de una decadencia, más bien, de una ausencia de valores que como enfermedad que no quiere curarse ha caracterizado en general nuestra sociedad, pero que se ven marcados y profundizados en la última década de secuestro del país bajo la mirada complaciente y cómplice mediocre de nosotros los venezolanos acostumbrados a los caminos fáciles, a los atajos, a las sombras y en definitiva al facilismo para ganar dinero fácil y tramposo a través de los tan acostumbrados y aceptados "guisitos", producto de nuestra típica "chispa" o "viveza" criolla que no es más que síntomas de enfermedades como la vanalidad, el egoísmo, la tracalería y en definitiva la ausencia de valores ante una sociedad que definitivamente se ha dado al abandono, pero que desde donde nos toca denunciamos para que no seamos mañana tildados de cómplices por nuestro

[290] Jairo PARRA QUIJANO. Ob. cit. p. 126.

sucesor, sin perjuicio de lo que piensen los demás, quines para nada nos importan, pues nuestro compromiso es con nuestra familia y especialmente con la formación de nuestro hijo en un país donde ya esto no es prioritario y donde los padres ahora educan con el pensamiento presente de esa viveza y "guisito" para que sea alguien en la vida. A todos ellos repudiamos y le recordamos que tarde o temprano les llegue el momento de pagar sus facturas.

Sin perjuicio de nuestras reflexiones más allá de lo académico, insistamos que es precisamente en este aspecto donde radica nuestra preocupación, pues como académicos y estudiosos del tema, no puede pasar de inadvertido, que estos criterios, lejos de constituir una contribución a la ciencia procesal y probatoria, a la institución del proceso y de la prueba, que permita el debate y no cierre espacios de discusión, se conviertan en una permisología o habilitación constitucional desastrosa y chicanera de la prueba judicial. Lejos de este fin –no descartable- el objeto de nuestro estudio ha sido otro.

Corolario de lo anterior y sin perder de vista la esencia de este último punto conclusivo, podemos resumir lo siguiente:

a. El derecho en estudio más que a la prueba judicial, es el de acceso al sistema probatorio, positivado de manera directa en el artículo 49.1 constitucional, ubicado dentro del debido y conectado con el derecho a la defensa, pero con autonomía propia; conectado igualmente pero de manera indirecta, con el derecho a la tutela judicial efectiva a que se refiere el artículo 26 constitucional, en cuanto a la motivación de las decisiones judiciales, concretamente en cuanto a la apreciación de la prueba y establecimiento de los hechos debatidos, así como en función del derecho correlativo que emana del acceso a la justicia; se conecta indirectamente con el proceso como instrumento fundamental para la realización de la justicia a que se refiere el artículo 257 constitucional y con la Justicia como Valor Superior del ordenamiento jurídico a que se refiere el artículo 2° constitucional.
b. La constitucionalización del derecho que hemos analizado permite interpretar las normas sobre el tema probatorio de una manera garantista, aperturista y flexible, en pro del acceso al sistema probatorio, eliminado toda traba que permite su libre ejercicio y materialización.
c. El derecho de acceso al sistema probatorio involucra un conjunto de subderechos que lo integran, tales como: 1. Derecho a la anticipación, preconstitución y aseguramiento, así como la heurística y la probática. 2. Derecho a la apertura del lapso probatorio. 3. Derecho a la proposición de medios probatorios. 4. Derecho a la contradicción a a los medios probatorios. 5. Derecho a la providenciación de los medios probatorios. 6.

Derecho a la recurribilidad respecto al pronunciamiento sobre la admisión o no de los medios probatorios propuestos. 7. Derecho a la materialización de los medios probatorios propuestos, incluso a la actividad probatoria oficiosa. 8. Derecho al control de los medios probatorios. 9. Derecho a la valoración de fuentes para crear "prueba" judicial a través de una motivación racional, razonable, lógica, congruente, correcta jurídicamente.

CAPITULO IV

TEMA DE LA PRUEBA

....

SUMARIO: *1. Objeto y tema o necesidad de la prueba. 2. Prueba del Derecho. 2.1. Derecho extranjero. 2.2. Existencia o no de una ley nacional. 2.3. Vigencia o no de una ley nacional. 2.4. Derecho consuetudinario o costumbre. 2.5. Máximas de experiencia. 2.6. Principios del derecho. 3. La Prueba de los hechos. 3.1. Hechos constitutivos. 3.2. Hechos extintivos.*

3.3. Hechos invalidativos o impeditivos. 3.4. Hechos modificativos. 4. Hechos eximidos de prueba. 4.1. Hechos expresamente admitidos o reconocidos por las partes. 4.2 Hechos tácitamente admitidos o reconocido por las Partes. 4.3 Hechos presumidos por la ley. 4.4 Hechos evidentes. 4.5. Hechos indefinidos, imposibles o inverosímiles. 4.6. Hechos negativos. 4.7. Hechos impertinentes. 4.8. Hechos irrelevantes. 4.9. Hechos notorios. 4.10. Notoriedad de hecho. 4.11. Hechos comunicacionales. 4.12. Notoriedad judicial. 4.13. Hechos cuya prueba prohíbe la ley.

1. OBJETO Y TEMA O NECESIDAD DE LA PRUEBA.

La prueba judicial ya la hemos definido como una actividad exclusivamente del judicante y como consecuencia de ello procesal, posterior a la heurística o investigación de los hechos brutos pasados u ocurridos, que aún preexistiendo en el presente pueden tener significación probatoria, consistente en la verificación o comprobación de la exactitud, verdad o falsedad de los hechos –excepcionalmente del derecho- enunciados o afirmados por las partes como fundamento de sus pretensiones –demanda, contestación, acusación o defensa- como hechos institucionales, mediante la comparación con las "fuentes" trasladadas al proceso por la "actividad" de las partes o allegados por el judicante mediante su actividad oficiosa, a través de los "medios" legales y permitidos en el marco de un debido proceso, regido por principios de contradicción, publicidad e inmediación, conforme a los "procedimientos" establecidos, para crear la "convicción" judicial, vale decir, la certeza no exenta de error. También hemos dicho que la prueba en sentido judicial es un acto procesal posterior a la heurística y probática de los hechos, actividades éstas de investigación o averiguación que no corresponden al judicante y que son exclusivas de las partes, quienes tienen el interés de reconstruir y llevar al proceso los hechos brutos afirmados y de los cuales pretenden extraer consecuencias jurídicas al ser presupuestos de normas que regulan derechos y obligaciones.

Es así como la prueba consiste en verificación, comprobación o establecimiento de los hechos enunciados o afirmados por las partes, lo que se hace por comparación con las "fuentes" aportadas por las partes al proceso a través de los "medios" propuestos por ellas u ordenadas oficiosamente por el judicante, comprobación que es consecuencia de las "actividades" procesales y probatorias de las partes encaminadas a la aportación de las "fuentes" al proponer o promover los "medios", que deben ser legales, pertinentes, relevantes y lícitos, en el marco del cumplimiento de las normas legales y constitucionales que regulan el tema del procedimiento probatorio.

Pero insistimos que esa comprobación por comparación no se refiere a los hechos como tal, sino a la afirmación o enunciado de hechos expuestos por las partes como fundamento de sus diversas pretensiones –demanda, contestación, acusación, defensa- de manera que esta verificación no es como tal sobre una verdad absoluta sino más bien, sobre una eventual verdad procesal o relativizada, que ante el problema sobre la posibilidad de que la prueba sirva para descubrir o no la verdad, incluso, si la misma

es la verdad material o procesal, resulta más conveniente alejar la prueba del tema de la verdad y centrarla en la verificación o establecimiento de las proposiciones, afirmaciones o enunciados que hacen las partes. En este sentido cuando se dice que en el proceso hay prueba de un hecho, se refiere a que existe la comprobación de una afirmación fáctica realizada, como consecuencia de una actividad de comparación entre la "fuente" y el "medio".

Puesto en este estado el asunto y teniendo en mente que los hechos al ocurridos dejan sus huellas estampadas en las diferentes fuentes; que los hechos brutos pueden tener relevancia jurídica en un proceso futuro al ser presupuesto de normas que regulen determinadas consecuencia jurídicas que interesen a los sujetos del proceso, la pregunta que nos mueve en este capítulo y que corresponde al punto de partida para su estudio es precisamente **¿qué se prueba en el proceso?**

Esta pregunta debe ser explicitada para su real entendimiento, pues no solo se refiere al tema y objeto de lo que comúnmente se identifica con "prueba" sino más concretamente, sobre qué recaerá la actividad probatoria de las partes desde la heurística, la probática, ya en el proceso judicial al proponer los medios de prueba para la aportación de las fuentes probatorias.

Dicho esto comencemos diciendo que debe distinguirse el "objeto" de la prueba del "tema" o "necesidad" de la misma, ya que el primero como expresa el maestro DEVIS ECHANDÍA, desde un punto de vista general o abstracto, es todo aquello que puede ser susceptible de demostración histórica -como algo que existió, existe o puede llegar a existir- y no solamente lógica -como sería la demostración teórica de un silogismo o de un principio filosófico- es decir, los hechos materiales o psíquicos y los que puedan asimilarse a éstos; en tanto que el tema o necesidad de prueba, es aquello que debe demostrarse y que interesa sólo al respectivo proceso, por constituir los hechos afirmados o negados sobre los cuales versa el debate o la cuestión voluntaria planteada, sin cuya demostración no puede pronunciarse la sentencia ni las decisiones interlocutorias que la preceden y que constituyen la premisa menor silogística referida al establecimiento de los hechos. [291]

El "objeto" de la prueba es una noción objetiva y abstracta, ya que no contempla los problemas de cada proceso, ni la posición de las partes frente a los distintos hechos, de manera que siguiendo a TARUFFO diremos que se trata de los denominados hechos "brutos" no institucionalizados pero que pueden servir en el marco de un proceso judicial, de ser afirmado como fundamento de pretensiones o excepciones, de hechos institucionales con determinación valorativa como presupuestos eventual de las normas jurídicas que regulen consecuencia que precisamente son el petitorio de las partes;[292] pero respecto al "tema" o "necesidad" de prueba, es una noción objetiva y concreta: lo primero, porque

---

[291] Hernándo DEVIS ECHANDÍA. Ob. cit. T.I. p. 186.
[292] Michele TARUFFO. Ob. cit. pp. 17 y ss.

comprende en general los hechos que debe ser materia de prueba, sin tener en cuenta quien corresponde suministrarla -carga probatoria-; lo segundo, esto es el carácter concreto, porque se refiere a ciertos y determinados hechos afirmados o negados -lo que en cada proceso debe probarse- de carácter controvertido, de manera que en el "tema" de la prueba ya se trata de los hechos enunciados o afirmados en el proceso, con carácter "institucional" y valorativamente determinados.

La diferencia entre el "objeto" y el "tema" o "necesidad" de la prueba, tiene su origen en la confusión que al respecto muestran diversos doctrinarios, quienes tratan el tema con uso indiscriminado de la terminología, como refiriéndose a lo mismo sin hacer la verdadera diferenciación, especialmente cuando los primeros involucran una actividad extraprocesal o metajurídica independiente del proceso, como lo es la heurística y la probática –antes del proceso- donde los hechos son de carácter "bruto" existentes, ocurridos y estampados en las diferentes fuentes; en tanto que el "tema" de la prueba ya se refiere a los hechos institucionales que son fundamento de pretensiones y excepciones, que son presupuesto de una norma jurídica de la cual se quiere extraer una consecuencia y que deben ser acreditados en el proceso por conducto de los medios que sirvan para trasladar las fuentes que en definitiva sirva de comparación con aquellas afirmaciones o negaciones y puedan conducir a la verificación que creará cerceza judicial respecto a los enunciados fácticos. De esta manera podemos **definir el "tema" o "necesidad"** de la prueba como *los enunciados afirmaciones o negaciones de hecho –incluso de derecho- que hacen las partes en el marco del proceso judicial, que sirven de fundamento de sus pretensiones –demanda, contestación, acusación y defensa- y que deben ser acreditados en el mismo, como consecuencia de la actividad probatoria a través de los medios probatorios que aporten fuentes para la comprobación de los precitados enunciados por comparación con las fuentes, para en definitiva crear en la mente y ánimo del judicante certeza o convicción judicial sobre los hechos afirmados o no por cada parte en sus correspondientes escritos, siempre que los mismos sean debatidos o controvertidos por las partes, pues de lo contraria, si la afirmación fáctica esta eximida de prueba por las causas que analizaremos, no habrá que acreditarla, todo lo que incluso se traslada al tema de derecho, donde y como veremos excepcionalmente formará parte del tema de la prueba.*

DEVIS ECHANDÍA define el "tema" o "necesidad" de la prueba, como el conjunto de hechos materiales o psíquicos en sentido amplio que sirven de presupuesto de las normas jurídicas aplicables en cada proceso, en vista de las peticiones o excepciones de las partes o del objeto jurídico perseguido y que la ley exige probar por medios autorizados.[293]

ROCHA ALVIRA indica que le "objeto" de la prueba son los hechos y los actos jurídicos, los primeros que no son producto de actos humanos y que se prueban en forma libre, no habiendo lugar a

[293] Hernando DEVIS ECHANDIA. Ob. cit. T.I. p. 187.

preconstitución de pruebas; en tanto que los segundos –actos jurídicos- son producto de los actos humanos y se acreditan con pruebas preconstituidas-.[294]

Para PARRA QUIJANO, el objeto de la prueba judicial son los hechos, las realidades susceptibles de ser probadas, sin relación a ningún proceso en particular -noción objetiva y abstracta- que como expresa DEVIS ECHANDÍA citado por el autor en cuestión, puede ser objeto de prueba en el proceso: a. Todo lo que puede representar la conducta humana, los sucesos, acontecimientos, hechos o actos humanos, voluntarios o involuntarios, individuales o colectivos, que sean perceptibles, incluso las simples palabras pronunciadas, sus circunstancias de tiempo, modo y lugar, y el juicio o calificación que de ellos se tenga; b. Los hechos de la naturaleza donde no interviene la actividad humana; c. Las cosas u objetos materiales y cualquier aspecto de la realidad material sean o no producto del hombre, incluyendo los documentos; d. Las personas físicas, su existencia y características, estado de salud, etc; e. Los estados de hecho psíquicos o internos del hombre, incluyendo el conocimiento de algo, cierta intención o voluntad y el consentimiento tácito o la conformidad, siempre que no impliquen una conducta apreciable en razón de hechos externos, pues en este caso correspondería al primer grupo, expresando que por "hechos" debe entenderse algo que ha sucedido o que está sucediendo, lo que ocurrió en el pasado o en el presente.

Señala el primero de los maestros colombiano citados, que el "tema" de la prueba está constituido por aquellos hechos que sea necesario probar, por ser los supuestos de las normas jurídicas cuya aplicación se discute en un determinado proceso, lo que significa que la noción de tema de prueba resulta concreta, al no referirse sino a los hechos que se deben investigar en cada proceso. [295]

Para ALSINA el "objeto" de la prueba son los hechos que alegan las partes como fundamento del derecho que se pretende. Señala que no hay derecho que no provenga de un hecho, siendo precisamente que de la variedad de hechos proviene la variedad de derechos, por lo que la clasificación de hechos será en constitutivos, extintivos, impeditivos, modificativos o extintivos, hechos que pueden provenir tanto del hombre como de la naturaleza y aún ser creados por la abstracción, como la muerte por presunción de fallecimiento, pudiendo recaer también sobre el hombre mismo como sobre cosas del mundo exterior. Indica el maestro argentino que la idea de hecho a lo que no es sino la negación del mismo, el caso en que un acontecimiento no se verifique, la omisión o negación del hombre a hacer una cosa, que es lo que vulgarmente se dice hecho negativo.[296]

---

[294] Antonio ROCHA ALVIRA. Ob. cit. pp. 41 y ss.
[295] Jairo PARRA QUIJANO. Manual de Derecho Probatorio. Editorial Librería del Profesional. Décima Primera edición. Bogotá, 2000. p. 87 y ss. Igualmente en Manual de Derecho Probatorio, de la misma editorial, Décima Quinta edición. p.130 y 143. En iguales términos puede verse a AZULA CAMACHO. Ob. cit. p. 13.
[296] Hugo ALSINA. Ob. cit. T. III. p. 239.

PALACIO indica que el objeto de la prueba se halla constituido por los hechos invocados por las partes en sus alegaciones, debiendo entenderse por hechos todos aquellos sucesos o acontecimientos externos o internos susceptibles de percepción o deducción.[297]

MONTERO AROCA al referirse a la diferencia entre el "objeto" y el "tema" de la prueba, señala que el primero, es todo aquello que en general puede ser demostrado, todo lo que las normas jurídicas pueden establecer como supuesta fáctico del que se deriva un mandato o regla, esto es, una consecuencia jurídica, lo que a su decir obedece a la pregunta ¿qué puede probarse?; en tanto que el "tema" de la prueba, es todo aquello que debe probarse en un proceso determinado o concreto, para que el juzgador declare la consecuencia jurídica pedida por la parte, lo que obedece a la pregunta ¿qué debe probarse?.[298]

GUASP, considera que el objeto de la prueba lo constituyen, los mismos datos que integran el contenido de las alegaciones procesales, donde normalmente hay una identificación entre el objeto de la prueba y de la alegación, pudiendo ocurrir excepcionalmente, que el dato no alegado no sea probado directamente, o que sea innecesaria la prueba de una negación; [299] y PRIETO CASTRO,[300] observa que el "objeto" de la prueba son los hechos, tanto del mundo interno como del externo, siempre que sean de importancia para el fallo, considerando igualmente como objeto de la prueba, las máximas o normas de la experiencia, entendiéndose como tales las definiciones o juicios hipotéticos de cualquier contenido, independiente del caso que se ventila en el proceso y los hechos que lo componen obtenidos de la experiencia o de la ciencia, pero no vinculados a casos singulares, dentro de los que se contemplan: Los usos mercantiles, la costumbre de la tierra, la buena y la mala fe, las buenas costumbres y los malos tratos; y estima que no es objeto de prueba el derecho vigente, pero sí el derecho consuetudinario y el derecho extranjero.

Para el maestro ASENCIO MELLADO la finalidad de la prueba es obtener el aludido convencimiento judicial acerca de las alegaciones efectuadas por las partes, siendo tales alegaciones tanto fáctica, cuando jurídicas, siendo el "objeto" las precitadas alegaciones; que la regla general es la necesidad de la prueba de los hechos, y exención de esta actividad respeto de las normas jurídicas que no han de probarse merced al principio *iura novit curia*.[301]

SENTIS MELENDO es del criterio que el "objeto" de la prueba no son las cosas ni los hechos sino las afirmaciones.[302]

---

297 Lino Enrique PALACIO. Ob. cit. T. IV. p. 343
298 Juan MONTERO AROCA. Ob. cit. 34. También en Derecho Jurisdiccional II. p. 255
299 Jaime GUASP. Ob. cit. T.I. p. 306.
300 Leonardo PRIETO CASTRO, ob. cit.
301 José María ASENCIO MELLADO. Ob. cit. Primera parte. Pp. 152 y ss.
302 Santiago SENTÍS MELENDO. Ob. cit. p. 38.

SILVA MELERO nos dice que por "objeto" de la prueba en "abstracto" se entiende las realidades susceptibles de ser probadas, independientemente de la particularidades de cada proceso, y por "objeto" de la prueba en "concreto" –thema probadum- se alude a una categoría de realidades más restringidas que en el anterior: las susceptibles de ser probadas en un proceso concreto. Señala que en relación al objeto de la prueba en abstracto de refiere la doctrina a una teoría clásica, según el cual el objeto de la prueba son los hechos, a una teoría ecléctica para la cual el objeto de la prueba son los hechos y las afirmaciones, y por último, a una teoría según la cual el objeto de la prueba son simplemente las afirmaciones.[303]

Para CHIOVENDA el "objeto" de la prueba son los hechos no admitidos y que o sean notorios, ya que los hechos que no pueden ser negados sin tergiversación no necesitan prueba y en cuanto a las normas jurídicas, el juez debe conocerlas y por lo tanto no serán objeto de prueba en el sentido que la falta de prueba sobre ellas no perjudicará jurídicamente a una de la partes, lo que igualmente ocurre con las máximas de experiencia.[304]

CARNELUTTI, considera que el "objeto" de la prueba, es el hecho afirmado que debe verificarse y sobre el cual se vierte el conocimiento motivo de la controversia. Señala que la afirmación de las partes vincula al juez en cuanto a la posición del hecho, de un lado porque no puede poner una situación de hecho que no haya sido afirmada por una de las partes; y del otro porque no puede dejar de poner –omitir- una situación de hecho que haya sido afirmada por todas las parte, incluso, que la posición unilateral de un hecho es condición necesario para su posición en la sentencia, en tanto que la afirmación bilateral –concorde- es a tal fin suficiente; que los hechos afirmados no pueden ser opuestos; los hechos afirmados concordantes tienen que ser opuestos.[305]

MICHELI nos dice que la exigencia de la prueba presupone que los hechos afirmados por una parte, como fundamento de su propia demanda, no se dan como pacíficos por la otra parte; la prueba presupone, por tanto, la afirmación de la parte en relación a la demanda o a la defensa.[306]

Para SHÖNKE el "objeto" de la prueba está constituido esencialmente por hechos, esto es, todo suceso exterior o interno que sea o haya sido perceptible, por lo que pueden ser objeto de prueba los hechos internos, en particular el conocimiento de cosas ciertas o la existencia de determinada intención, así como el conocimiento de hechos, los indicios, hechos auxiliares, entre otros;[307] y para KISCH citado

---

[303] Valentín SILMA MELERO. Ob. cit. T.I. pp 49 y ss.
[304] Guisseppe CHIOVENDA. Ob. cit. T. III. p. 163.
[305] Francisco CARNELUTTI. Ob. cit. pp. 8 y 9.
[306] Jean Antonio MICHELI. Curso de Derecho Procesal Civil. Volumen III. El proceso contencioso de cognición. Traducción de Santiago sentís Melendo. Ediciones Jurídicas Europa-América. Buenos Aires, 1970. p. 88.
[307] Adolfo SHÖNKE. Ob. cit. p. 201.

por DEVIS ECHANDÍA, se refiere al "objeto" de la prueba, como aquel que está constituido fundamentalmente por el hecho, entendiéndose como tal, el suceso interno o externo que sea o haya sido perceptible a los sentidos.[308]

Entre nosotros el gran maestro BELLO LOZANO nos enseña, que el "objeto" de la prueba es demostrar la veracidad y certeza de ciertos hechos afirmados o negados que al ser alegados, llevan consigo la necesidad de determinar su verosimilitud; que la noción del objeto probatorio es tan amplia como el concepto jurídico que se pueda tener de los hechos, siendo objeto de la prueba:

a. Los hechos producto del quehacer humano.
b. Los hechos producto de la naturaleza y en cuya formación no ha habido presencia humana.
c. El ser humano en su aspecto tanto físico como biológico.
d. Los hechos psíquicos de la personalidad.
e. Los actos voluntarios o involuntarios del individuo que denotan su conducta en relación con los otros seres.
f. La costumbre.
g. La ley extranjera.
h. Los hechos sociales ya sean presentes o pasados. [309]

Como podemos observar en general la doctrina se pasea por los hechos, actos jurídicos, afirmaciones o negaciones como tema o necesidad de la prueba judicial, diferenciado del "objeto" de la prueba que es cualquier hecho susceptible de percibimiento, esto último que no tiene relación en un caso concreto como sucede en el primero. De esta manera insistiremos que los hechos ocurridos fuera del proceso –hechos brutos- como tal no llegan solos al proceso, por el contrario si tienen la potencia de producir efectos o consecuencias jurídicas al ser presupuesto de normas jurídicas, deben ser llevados por las partes a través de las afirmaciones o negaciones contenidas en sus escritos de pretensión, acusación o defensa, en tratándose en consecuencia de hechos institucionales o determinados valorativamente como fundamento o presupuesto de normas jurídicas, que preciamente son las que tiene que ser acreditadas al judciante para producir convicción judicial en su persona y construir de esta manera la premisa fáctica del caso concreto.

El "tema" o "necesidad" de la prueba obedece a la interrogante ¿qué se prueba?, en tanto que el "objeto" de la prueba se identifica con la interrogante ¿qué puede probarse?; la primera que se identifica con los hechos "nucleares" del proceso y que luego de controvertidos deben acreditarse, ello sin perjuicio

[308] Hernando DEVIS ECHANDÍA. Ob. cit. T.I. p. 187.
[309] Humberto BELLO LOZANO. Ob. cit. T. I. p. 23.

que eventualmente el derecho puede ser tema de la prueba cuando sea discutido en el proceso judicial en los casos excepcionales que expresaremos más adelante.

El "tema" de la prueba que recae sobre afirmaciones o negaciones de hecho, a su vez puede estar referido a argumentos de hecho, actos jurídicos o derecho, tal como lo veremos de seguida.

2. PRUEBA DEL DERECHO.

Como se viene expresando solo las afirmaciones o negaciones sobre hechos o actos jurídicos realizados por las partes en sus escritos de pretensión son tema de la prueba judicial, más no así no así el derecho, pero la razón por la cual la cuestión de derecho no constituye tema de prueba, estriba en el hecho que conforme al contenido del artículo 2° del Código Civil, la ignorancia de la ley no excusa su cumplimiento, a cuyo efecto el ciudadano carente de conocimientos jurídicos –lego- no puede excusar o desacatar el mandato de la ley alegando su desconocimiento sobre la norma sustantiva, lo que se traduce en que dicha norma se encuentra dirigida a todos los ciudadanos, pero la misma encuentra su excepción en las normas adjetivas o procesales, las cuales no son de obligatorio conocimiento por parte del ciudadano carente de conocimientos jurídicos, de manera que si bien el ciudadano es persona obligada a conocer todo el derecho, dicha obligación solo recae sobre el derecho sustantivo, no así sobre el adjetivo o procesal, no estando el lego obligado a conocer en qué oportunidad debe contestarse la demanda, en qué oportunidad debe aportarse al proceso las pruebas, o en qué oportunidad debe presentarse los informes, ya que el conocimiento y aplicación de las leyes procesales y procedimentales, está reservado exclusivamente a los abogados, tal como lo norma en el artículo 4° de la Ley de Abogados.

En este sentido el ciudadano es persona obligada a conocer sólo el Derecho sustantivo, lo que trae como consecuencia, que para acudir a un proceso y entablar una contienda judicial, más aún para realizar actos procesales válidos, debe estar asistido o representado de abogado, quien es el sujeto que tiene los conocimiento procesales del derecho, para de esta manera garantizar el derecho constitucional de la defensa y de la asistencia jurídica en el proceso contenido en el artículo 49 constitucional, lo que en definitiva se presenta como la forma de cubrir la incapacidad de postulación que carece aquel que no es abogado o que siéndolo está impedido de actuar válidamente en el proceso. Esta circunstancia nos lleva a considerar, que si el ciudadano carente de conocimiento jurídicos se encuentra obligado a conocer el derecho sustantivo y el ciudadano letrado –abogado- a quien también le es aplicable la norma contenida en el artículo 2° del Código Civil, está obligado a conocer no solo el derecho sustantivo sino el adjetivo, ya que precisamente en los recintos universitarios se supone que adquiere el conocimiento de todo el derecho, el operador de justicia, quien debe ser abogado conforme a lo previsto en el Ley Orgánica del

Poder Judicial, es persona obligada a conocer todo el derecho tanto sustantivo como adjetivo, aún cuando la característica de nuestro sistema judicial es precisamente la carencia de conocimientos –ignorancia- como la mayor de las corrupciones.

De lo dicho podemos afirmar que siendo el operador de justicia una persona que se supone conoce todo el derecho, en el proceso se hace innecesario la demostración de la cuestión de derecho, ello a propósito que conforme al principio *iura novit curia* el juez conoce, aplica el derecho y califica jurídicamente la pretensión, de donde se infiere, que las partes solo deben suministrar en el proceso las afirmaciones sobre los hechos para que el juez puede aplicar el derecho, de donde se deduce el viejo aforismo "*Da mihi factrum dabo tibi jus*" que se traduce "dame los hechos que yo aplico el derecho".

Son los hechos afirmados o negados por las partes el tema de la prueba, dado que precisamente serán éstos los que una vez establecidos se subsumirán en las normas jurídicas para producir las consecuencias jurídicas que se traducen en la sentencia que proferirá el operador de justicia, en otros términos, los hechos debidamente alegados en el proceso y demostrados, conforme al principio de congruencia que constitucionalmente rige en los procesos judiciales, cualquiera sea su contenido, que constituyen el presupuesto de hecho concreto del caso que se presenta, deberán encuadrarse en el supuesto abstracto de la norma invocada por las partes o que aplique el operador de justicia –*iura novit curia*- para declarar la voluntad de la ley en cada caso concreto, para de esta manera producir la consecuencia jurídica que le dirá al juez a favor de quien inclinará la balanza.

Pero si bien es cierto que el juez es persona obligada a conocer el derecho, nos preguntamos **¿como podría justificarse que el operador legislativo le exija generalmente a las partes que invoquen la norma jurídica o fundamento de derecho que sirven de sustento de sus pretensiones o afirmaciones?**, tal como ocurre en el artículo 340.5 del Código de Procedimiento Civil, así como en el artículo 308.3 del Código Orgánico Procesal Penal, que se ve coloreado con los artículos 333, 334 y 345 *ejusdem*. Más aún, **¿cómo podría justificarse que siendo el juez persona obligada a conocer y aplicar el derecho, si la parte actora o acusadora no señala las normas jurídicas, el fundamento en que base su pretensión, el demandado o acusado podrían oponer la defensa previa o excepciones de defecto de forma del libelo de la demanda por no haber expresado las normas jurídicas en las cuales se fundamenta la demanda, para el caso civil, o la excepción de falta de requisitos de la acusación?**

Para responder estas interrogantes y refiriéndonos primeramente al caso civil, observamos que el legislador en el artículo 340.5 del Código de Procedimiento Civil, solo exige al accionante que invoque la norma o normas jurídicas en que fundamenta su pretensión, sean éstas o no las normas que resuelvan el caso planteado, ya que el legislador solo exige que se invoquen las mismas, no que sean las correctas

para resolver el conflicto, pues la calificación jurídica y definitiva de la pretensión y la aplicación de las normas que resolverán el caso corresponde exclusivamente al juez, quien de manera alguna se encuentra vinculado con las normas invocadas por las partes como sustento de sus alegatos; no obstante a lo anterior, es preciso observar, que si los hechos alegados por el accionante que son pertinentes al proceso, no concuerdan con la consecuencia o efecto jurídico solicitado, indistintamente que haya o no invocado la norma jurídica correcta que resuelva el caso concreto, e indistintamente de la norma que en definitiva puede aplicar el operador de justicia, obligatoriamente la decisión que resuelva la controversia debe ser desestimatoria de la demanda, dado que en este caso, el juez no estaría aplicando el principio *iura novit curia,* sino que estaría otorgando a la parte mas de lo pedido –*ultrapetita*- menos de los pedido *citrapetita* o algo diferente a lo pedido -*extrapetita*- vicios de la sentencia judicial que se encuentran prohibidos al operador de justicia y que decretan la nulidad del fallo, ello a propósito de violentarse el principio de la congruencia –artículo 12 del Código de Procedimiento Civil- pues la sentencia siempre debe ser *intrapetita*. Por tales motivos, no existe contradicción entre la exigencia contenida en el artículo 340.5 del Código de Procedimiento Civil y el principio *iura novit curia*, de manera que el derecho no es tema de prueba, por ser de obligatorio conocimiento por parte del juez, quien en función del principio que hemos venido señalando debe conocerlas, averiguarlas, estudiarlas y aplicarlas oficiosamente.

También importa destacar que la necesidad de la invocación de la norma jurídica en la cual se basa la pretensión, fundamentalmente descansa en el hecho de garantizar al demandado el ejercicio a su derecho a la defensa, conociendo cual es el derecho y la consecuencia jurídica que pretende el accionante, a lo que se suma el hecho que en base a este conocimiento las partes pueden hacer desconocimientos respecto al derecho invocado que puede conducir a que en el proceso por vía excepcional el derecho sea tema de la prueba.

La situación no es diferente en el proceso penal, donde el fiscal acusador en casos de delitos de acción pública, así como la víctima que se querella, como requisitos de la acusación tienen la carga de invocar la norma jurídica concreta o el fundamento jurídico en los que se encuadre el hecho delictivo que se le imputa al acusado, lo que permitirá a éste conocer la cuestión tanto de hecho como de derecho en que se basa la pretensión punitiva y poder ejercitar su defensa cabalmente, ello sin perjuicio que ante esta falta o incumplimiento de los requisitos técnicos de la acusación, se presenta la oportunidad de hacer la correspondiente excepción, todo en los términos de los artículos 28.2.i, 313, 308.3, 311 y 403 del Código Orgánico Procesal Penal; pero también el tema se conecta con la conducta del judicante, quien si bien está regido por el principio acusatorio y de congruencia pudiendo solo condenar sobre los hechos y las circunstancias descritas en la acusación, el auto de apertura a juicio o en la ampliación de la acusación, pudiendo dar a los hechos una calificación jurídica diferente al invocado en la acusación o al establecido

en el precitado auto de apertura a juicio, aplicando penas más graves o medidas de seguridad –*iura novit curia*- en los términos del artículo 345 no podrá condenar al acusado en virtud de un precepto legal diferente al invocado en la acusación, comprendida su ampliación, o en el auto de apertura a juicio, si previamente no advirtiera al acusado respecto a la modificación posible de la calificación jurídica, en los términos indicados en el artículo 333, esto es, si en el transcurso de la audiencia oral advirtiera la posibilidad de una calificación jurídica que no hubiera sido considerada por ninguna de las partes, tendría que hacer la advertencia inmediatamente después de terminada la recepción de las pruebas, si no se hubiese hecho antes, caso en el cual se recibiría nueva declaración del acusado y se informaría a las partes sobre el derecho que tienen de pedir la suspensión del juicio para ofrecer nuevas pruebas o preparar la defensa.

En este sentido observamos que la necesidad de la invocación del precepto jurídico en los cuales se base la pretensión punitiva, es una imposición constitucional que permite a las partes y especialmente al acusado, el ejercicio del derecho a la defensa, lo que también se ve garantizado cuando el judicante pretenda cambiar la calificación jurídica no considerada por las partes, con la advertencia que al efecto debe hacer en la forma y momento antes señalado, de manera que y como sucede en el caso civil, no es baladí la exigencia que comentamos, la que para nada se contradice con el *iura novit curia*, ello conforme a las interrogantes que nos hemos planteado.

Sin perjuicio de lo dicho es importante tener en cuenta que las normas jurídicas locales están publicadas en colecciones oficiales, el juez se encuentra en la obligación de conocerlas y en caso contrario, dispone del poder de enterarse de su existencia oficiosamente, tal como lo expresa SHÖNKE, al considera que las normas jurídicas no son tema de prueba, salvo el derecho extranjero, el consuetudinario y los estatutos de fundaciones de personas jurídicas, de manera que las locales no quedan incluidas en la excepción, teniendo el juez la libertad para su conocimiento. [310]

Pero si bien las normas jurídicas no son tema de pruebas, mención especial merecen las normas de carácter estatales o municipales, ya que si bien las normas de carácter nacional están exentas de pruebas, algunos autores entre los cuales se encuentra DEVIS ECHANDÍA, sostienen que las normas de carácter estatales y municipales -departamentales o municipales- requieren ser demostradas en el proceso; que las normas nacionales gozan de exención de pruebas, en tanto que las demás, si bien requieren ser demostradas en el proceso, se deja la libertad al juez de decretar de oficio los medios de prueba pertinentes y tendientes a traer al proceso las normas estatales o municipales que deberán aplicarse para resolver el conflicto, por lo que concluye el maestro colombiano expresando, que solo en los casos en que la ley exija la pruebas de estas normas seccionales o municipales, es que deberán aportarse al proceso las

[310] Adolfo SHÖNKE. Ob. cit. pp. 202 y ss.

mismas. Igual criterio podemos observar en PARRA QUIJANO quien indica que las normas Nacionales para el territorio del Estado las debe conocer el juzgador y en consecuencia no son tema de la prueba, en tanto que las normas nacionales escritas de vigencia local o seccional requieren aparecer probadas en el proceso, con cargo a la parte interesada, sin perjuicio que el juez pueda decretarlas de oficio; respecto a las normas consuetudinarias conforme al artículo 189 del Código de Procedimiento Civil colombiano, los usos y las costumbres aplicables conforme a la ley sustancial, deberán ser acreditadas con documentos auténticos o con un conjunto de testimonios, lo que para el caso mercantil, la costumbre debe estar probada con copia auténtica de dos decisiones judiciales definitivas que aseveren la existencia o con la certificación de la Cámara de Comercio correspondiente al lugar donde rija, sin perjuicio que cuando se trata de prueba con testigos, por lo menos deben ser cinco comerciantes idóneos e inscritos en el registro mercantil.[311]

En nuestra legislación no existe regulación al respecto, mas somos del criterio que tanto el derecho nacional como el estatal y el municipal, se encuentra exento de pruebas, es decir, que estas normativas jurídicas que rigen el funcionamiento del Poder Público nacional, estatal y municipal, si bien pueden ser aplicadas en el proceso para resolver el tema que sea controvertido, las partes no se encuentran en el deber u obligación, concretamente en la carga de aportar las pruebas que demuestren la existencia y contenido de dichas normativas, lo cual no impide que para facilitar la labor del operador de justicia se aporten al proceso, ello aunado al hecho que si bien el juez tiene la facultad oficiosa de hacer llegar al proceso dichos instrumentos normativos, también se encuentra en la obligación de estudiarlos y aplicarlos, pero la posición que adoptamos no significa que el juez deba conocer todas las normativas que rigen a los estados y a los municipios de la República, ya que humanamente es imposible, pero sí está obligado a buscarla oficiosamente, estudiarla y aplicarla en los casos pertinentes sometidos a su conocimiento, lo que se traduce que en el proceso las partes se encuentran eximidas de aportar la prueba de las normas estatales y municipales.

Pero si bien el principio rector es que el derecho no es tema de pruebas, existen algunas excepciones en las cuales el derecho no se encuentra eximido de prueba y debe ser demostrado en el proceso, tales son los casos del derecho extranjero; cuando se discuta la existencia o inexistencia de la ley nacional; cuando se discuta la vigencia o no de la ley nacional; y cuando se aduzca en un proceso el derecho consuetudinario o la costumbre. A éstos casos nos referiremos de seguidas.

2.1. Derecho extranjero.

---

[311] Jairo PARRA QUIJANO. Ob. cit. pp. 151 y ss.

Como se viene argumentado si bien el juez en función del contenido en el artículo 2° del Código Civil y conforme al principio *iura novit curia* es persona obligada a conocer todo el derecho, no es menos cierto que este conocimiento se circunscribe al derecho nacional y no al derecho extranjero, de donde se infiere, que cuando en un proceso judicial se pretende la aplicación del derecho extranjero, no siendo el juzgador persona obligado a conocerlo, deben aportarse a los autos los medios de pruebas que demuestren la existencia y contenido de la normativa extranjera, todo ello apropósito que el operador de justicia, como lo expresa CHIOVENDA,[312] se encuentra dotado de plena libertad de buscar y traer al proceso las normativas extranjeras que deben aplicarse, al señalar al efecto que el juez no está obligado a conocer las normas consuetudinarias ni las extranjeras, pero que se puede valer de su conocimiento privado, para aplicar la norma extranjera.

SHÖNKE[313] exige la prueba del derecho extranjero, en la medida que el juez no lo conozca, en el entendido que el operador de justicia no se encuentra limitado a que las partes aporten o no las pruebas del derecho extranjero, ya que éste puede buscarla de oficio.

MICHELI,[314] considera que el juez se encuentra investido del más amplio poder instructorio para investigar el derecho extranjero.

ALSINA indica que excepcionalmente el derecho es objeto de prueba cuando se trata de leyes extranjeras, en el caso que el Código lo autorice, lo que no tendrá lugar sino a solicitud de parte interesada, a cuyo cargo será la prueba de la existencia de dichas leyes, salvo que las leyes extranjeras se hiciesen obligatorias en la República como consecuencia de convenciones diplomáticas o en virtud de leyes especiales.[315] En términos parecidos PALACIO para quien se trata de casos excepcionales donde el derecho debe probarse, lo que se haya supeditado el pedido de parte –indica- y a la prueba que éste produzca del derecho extranjero, lo que se traduce en que la ley extranjera se encuentra asimilada al hecho,[316] donde se hace necesaria la prueba, salvo el caso que se trate del Tratado de Derecho Procesal Internacional de Montevideo de 1889 –artículos 1° y 2° del Protocolo Adicional, donde se exime de prueba el derecho de cualquiera de los países signatarios, siendo para ello suficiente que el juez se ilustre al respecto.[317]

---

[312] Giuseppe CHIOVENDA. Ob. cit. T. III. p. 163.
[313] Adolfo SHÖNKE. Ob. cit. pp. 202 y ss.
[314] Jean Antonio MICHELI. Ob. cit. V.II. pp. 89 y ss.
[315] Hugo ALSINA. Ob. cit. T. III. p. 240.
[316] En estos términos también opina GOZAÍNI. Teoría General del Derecho Procesal. Jurisdicción, ación y proceso. p. 215.
[317] Lino Enrique PALACIO. T. IV. p. 357. El Tratado en cuestión es obligatoria para Venezuela indicando el artículo 1 del Protocolo Adicional […] *Las leyes de los Estados contratantes serán aplicadas en los casos ocurrentes, ya sea nacionales o extranjeros, las personas interesadas en la relación jurídica de que se trata*";

En resumen podemos decir que el juez no es persona obligada a conocer el derecho extranjero, el cual debe ser alegado y demostrado en el proceso por las partes, lo cual no limita en forma alguna el poder oficioso que tiene el judicante de buscar y aplicar el derecho extranjero, indistintamente que las partes suministres o no la prueba de las normas jurídicas extranjeras.

Sin perjuicio de lo señalado importa destacar que conforme a la Convención Sobre Derecho Internacional Privado suscrito en La Habana, Cuba, en fecha 20 de febrero de 1928, conocida como Código de Bustamante, ratificado con reservas por nuestro país en 1932, en el TÍTULO VII, CAPÍTULO II, denominado "Reglas especiales sobre la prueba de leyes extranjeras", se establece que los jueces y tribunales de cada Estado contratante aplicarán de oficio, cuando proceda, las leyes de los demás sin perjuicio de que los medios probatorios a el capítulo se refiere –artículo 408-; que la parte que invoque la aplicación del derecho de cualquier Estado contratante en uno de los otros, o disienta de ella, podrá justificar su texto, vigencia y sentido, mediante certificación de dos abogados en ejercicio en el país de cuya legislación se trate, que deberá presentarse debidamente legalizada –artículo 409-; que conforme al artículo 410 a falta de prueba o si el juez o el tribunal por cualquier razón la estimaren insuficiente, podrán solicitar de oficio, antes de resolver, por la vía diplomática, que el Estado de cuya legislación se trate proporcione un informe sobre el texto, vigencia y sentido del derecho aplicable; por último y conforme al artículo 411, cada Estado contratante se obliga a suministrar a los otros, en el más breve plazo posible, la información a que el artículo anterior se refiere y que deberá proceder de su Tribunal Supremo o de cualquiera de sus Salas o Secciones, o del Ministerio Fiscal, o de la Secretaría o Ministerio de Justicia. Este instrumento internacional es aplicable entre nosotros por disposición del artículo 8 del Código de Procedimiento Civil, conforme al cual […] *En los casos de aplicación del Derecho Internacional Privado, los Jueces atenderán primero a los tratados públicos de Venezuela con el Estado respectivo, en cuanto al punto en cuestión; en defecto de tales tratados, aplicarán lo que sobre la materia dispongan las leyes de la República o lo que se desprende de la mente de la legislación patria, y en último lugar se regirán por los principios de dicho Derecho aceptados generalmente*."

2.2. Existencia o no de una ley nacional.

Otro caso excepcional donde el derecho forma parte del debate probatorio y es tema de la prueba judicial, es cuando en un proceso se discute si la ley cuya aplicación es exigida por las partes, existe o no, caso en el cual éstas deberán aportar la prueba de tal hecho, dejándose la posibilidad al juzgador de aplicar

---

por su parte el artículo 2 indica […] *La aplicación será hecha de oficio por el Juez de la causa, sin perjuicio de que las partes puedan alegar y probar la existencia y convenio de la ley invocada.*"

su actividad oficiosa, sus máximas de experiencia e incluso la notoriedad judicial, para determinar si una normativa jurídica concreta existe o no.

2.3. Vigencia o no de una ley nacional.

Por vía atípica el derecho también es tema de prueba cuando en un proceso se discute si la ley, la normativa que es invocada por alguna de las partes para sustentar su derecho, se encuentra o no vigente, es decir, si ha sido derogada o no por otra ley, como lo dispone el artículo 7° del Código Civil, o bien si ha sido declarada o no inconstitucional por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en función de su control concentrado contenido en el artículo 336 constitucional.

En estos casos el derecho pasa a formar parte del tema de la prueba, lo cual trae como consecuencia que las partes tengan que aportan al proceso los medios probatorios que lleven las fuentes que demuestren si una determinada normativa legal, ha sido derogada o ha sido declara inconstitucional, pero somos del criterio que el juez no se encuentra atado a la actividad probatoria de las partes en éste sentido, pudiendo en todo caso y de oficio indagar sobre la derogatoria o declaratoria de inconstitucionalidad de la norma cuyo efecto es pretendido en el proceso, pudiendo incluso aplicar la notoriedad judicial, las máximas de experiencia o su conocimiento privado.

2.4. Derecho consuetudinario o la costumbre.

El derecho consuetudinario o la costumbre consiste en el conjunto de actos libres y voluntarios, realizados en forma espontánea y repetida, por un conjunto de individuos o por la comunidad, en un tiempo y en un espacio determinado, con la creencia de observar una norma de derecho; pero el tema de la costumbre se encuentra limitada exclusivamente al campo procesal, dado que precisamente el único sujeto que puede aplicar la costumbre como fuente es el juez, por lo que la costumbre judicial es el calificativo que se utiliza cuando constituye fuente del derecho procesal, la cual puede concebirse como el conjunto de actos o pronunciamientos de índole jurisdiccional que realiza el juez de manera espontánea en un lugar y tiempo determinado, con la anuencia de las partes, cuando dichos actos o pronunciamiento no están conformes con las normas

La costumbre adopta o asume tres modalidades, a saber:

a. Costumbre *secum legen* -según la Ley- que es aquella que se presenta cuando la misma norma se ha referido a ella, permitiendo su adopción, por lo que en forma tácita se eleva a la calidad de precepto legal.

b. Costumbre *extra legen* -fuera de la Ley- que se produce cuando la costumbre se emplea para suplir elementos secundarios o accesorios en relación a la actividad que corresponde imprimirle al proceso y ante la ausencia de precepto legal positivo expreso que lo reglamente. Esta costumbre suple la ley, cuando existen vacíos.

c. Costumbre *contra legen* contra la Ley- es aquella que reemplaza la ley.

De la clasificación anterior observamos que la única y verdadera costumbre es la segunda, es decir, la que se utiliza para suplir la ley en los casos de ausencia de precepto legal positivo y expreso, que reglamente la circunstancia debatida en el proceso, ya que con referencia a la primera de las costumbres señaladas, esto es, la costumbre según la ley, la misma al suplir la ley deja de ser costumbre y pasa a ser ley, circunstancia que se traduce en que no siendo el derecho objeto de prueba, la costumbre que se convierte en ley tampoco es tema de prueba; en cuanto a la costumbre contra la ley la misma es lesiva del contenido del artículo 7° del Código Civil, lo cual trae como consecuencia que sea inaplicable por ilegal, todo lo cual conlleva a que la única costumbre válida en nuestra legislación es la que suple a la ley, pero nos preguntamos **¿ es la costumbre tema de la prueba judicial?**

Para responder la interrogante planteada comencemos diciendo que la costumbre conforma un conjunto de actos libres y voluntarios, realizados en forma espontánea y repetida por los individuos o por la comunidad, que al invocarse en el proceso como fundamento de la pretensión o de la excepción requiere de demostración, esto es, se hace necesario demostrar los hechos que constituyen la costumbre, siempre en la medida que no sean expresa o tácitamente reconocidos por las partes, lo que se traduce que en la medida que los hechos en que se fundamente la costumbre sean controvertidos o discutidos por las partes, serán tema de prueba, ya que el juzgador no es persona obligada a conocer la costumbre, a conocer esos actos constantes y reiterados que se transforman en costumbre.

En relación a la costumbre mercantil contenida en el artículo 9° del Código de Comercio, según el cual […] *Las costumbres mercantiles suplen el silencio de la ley, cuando los hechos que la constituyen son uniformes, públicos, generalmente ejecutados en la República o en determinada localidad y reiterada por un largo espacio de tiempo que apreciarán prudencialmente los jueces de comercio*”, igualmente debe afirmarse que éstos hechos constantes y reiterados requieren ser demostrados en el proceso, en la medida que sean contradichos, lo que por lógica deben ser alegados o afirmados por la parte interesado, pues de lo contrario no podrá hacerse la prueba.

Pero veamos lo que al respecto ha opinado la doctrina para lo cual comencemos con el criterio expuesto por el maestro DEVIS ECHANDÍA, quien no sindica que la prueba o nos de la costumbre dependerá de la política legislativa que adopte cada Estado, por lo que deben contemplarse dos hipótesis:

a. Cuando la norma legal exija la prueba de la costumbre o la haga innecesaria, siendo que en el primer supuesto, la costumbre deberá ser demostrada en el proceso en la

medida que la ley ordene su prueba, por lo que se equipara la costumbre a los hechos objeto de prueba; en tanto que en el segundo supuesto el legislador exime la prueba de la costumbre, porque la asimila a las normas jurídicas.

b. Cuando el legislador guarda silencio sobre la necesidad de la prueba de la costumbre, en este caso, debe considerarse que la costumbre es objeto de prueba y la actividad tendiente a demostrarla, no es exclusiva de las partes, sino que el juez puede actuar oficiosamente. [318]

Para PARRA QUIJANO el tema se encuentra regulado en el artículo 189 del Código de Procedimiento Civil colombiano que indica que […] *los usos y costumbres aplicables conforme a la ley sustancial, deberán acreditarse con documentos auténticos o con un conjunto de testigos*.", lo que para el caso mercantil, la costumbre debe estar probada con copia auténtica de dos decisiones judiciales definitivas que aseveren la existencia o con la certificación de la Cámara de Comercio correspondiente al lugar donde rija, sin perjuicio que cuando se trata de prueba con testigos, por lo menos deben ser cinco comerciantes idóneos e inscritos en el registro mercantil.[319] En estos mismos términos Hernán Fabio LÓPEZ BLANCO[320] y Jaime AZULA CAMACHO.[321]

CARNELUTTI,[322] al pronunciarse sobre la prueba de la costumbre considera que la misma es necesaria en el proceso, pero que la actividad de las partes tendiente a la demostración de la costumbre, no es decisiva sino subsidiaria o auxiliar a la función oficiosa de búsqueda del juez, quien goza de facultades inquisitivas; en similares términos se expresa CHIOVENDA,[323] quien además agrega que el juez puede valerse de su conocimiento privado para aplicar la costumbre, por lo que no se requiere la prueba formal.

En relación a la prueba de la costumbre, el artículo 281 de la Ley de Enjuiciamiento Civil Española 1/2000, expresa: […] *2. También será objeto de prueba la costumbre y el Derecho Extranjero. La prueba de la costumbre no será necesaria si las partes estuviesen conformes en su existencia y contenido y sus normas no afectasen al orden público. El derecho extranjero deberá ser probado en lo que respecta a su contenido y vigencia, pudiendo valerse el tribunal de cuantos medios de averiguación estime necesario para su aplicación*."

En la doctrina española SILVA MELERO indica que resulta preciso distinguir dos elementos: las *opinio iuris necesitatis* y los hechos que constituyen el sustrato material. Que en esta materia se asimila a

---

[318] Hernándo DEVIS ECHANDÍA. Ob. cit. T. I. pp. 195 y ss.
[319] Jairo PARRA QUIJANO. Ob. cit. pp. 151 y ss.
[320] Hernán Fabio LÓPEZ BLANCO. Procedimiento Civil. Pruebas. T. III Editorial Dupre. Bogotá, 2001. pp. 52 y ss.
[321] Jaime AZULA CAMACHO. Ob. cit. pp. 16 y ss.
[322] Franscesco CARNELUTTI. Ob. cit. pp. 7 y ss.
[323] Guiseppe CHIOVENDA. Ob. cit. T. III. p. 163.

la prueba de los hechos y en consecuencia son tema de la prueba.[324] Igualmente para GUASP la costumbre debe ser alegada y demostrada por quien lo hace.[325]

El maestro uruguayo Eduardo J. COUTURE nos indica que si bien la costumbre en caso de ser discutida debe ser probada, a falta de prueba suministrada por las partes, el juez podría hacer la investigación de la costumbre por sus propios medios, por lo que a su decir más que una carga de la prueba se estaría en presencia de un interés de la prueba.[326]

Respecto a nuestra legislación y salvo el caso marítimo al cual nos referiremos de seguidas, tal y como ocurre con el derecho extranjero no existe regulación alguna sobre su prueba en el proceso, por lo que en todo caso y siendo que el único sujeto procesal que puede eximir de la prueba de estas circunstancias es el operador de justicia, pronunciamiento éste que no puede hacer *in limini litis* sino al momento de producir la decisión de fondo, criterio que puede estar o no en sintonía con la alzada o eventualmente con el criterio que sostenga la Casación, ante la incertidumbre es aconsejable la aportación de la prueba de la costumbre para no sufrir así las consecuencias eventuales de la falta de prueba, correspondiéndole a las partes la carga de la alegación y de la prueba a tales efectos.

Pero indicamos que en materia marítima, una de las novedades y especialidades del sistema de procedimiento es precisamente la regulación de la prueba de la costumbre, que conforme al contenido del artículo 4 de la Ley de Comercio Marítimo […] *En las materias regladas en esta Ley, los hechos o elementos que constituyan la costumbre podrán ser probadas ante la autoridad competente, mediante dictamen de expertos*.". Conforme a la norma transcrita, se desprende que por lógica la costumbre en materia marítima debe ser alegada, siendo tema de la prueba cuya carga corresponda al interesado, lo que puede hacerse por cualquier medio probatorio, especialmente con el juicio de expertos.

2.5. Máximas de experiencia.

Las máximas de experiencia también llamadas "reglas de la experiencia", "principios generales de experiencia" o "reglas de la vida", conforme al criterio de STEIN,[327] son definiciones o juicios hipotéticos

---

[324] Valentín SILVA MELERO. Ob. cit. T.I. p. 63.
[325] Jaime GUASP. Ob. cit. T. I. p. 309.
[326] Eduardo J. COUTURE. Ob. cit. pp. 223 y ss.
[327] Friedrich STEIN. El Conocimiento Privado del Juez, p. 27. Señala HITTERS, que STEIN fue profesor de la Universidad de Leipzig, quien propuso en su trabajo documental, analizar –siguiendo a SCHMITH- la regla tradicional que prohíbe al juez utilizar en el proceso las nociones fácticas vivenciadas durante su vida, tratándose a su vez de diferenciar realidades diversas que la doctrina anterior había bosquejado del hecho notorio, señalando al efecto, que en la tarea lógica que lleva a cabo el judicante, los componente sen que basa su razonamiento no son solamente normas jurídicas y juicios de hecho concreto, sino que también se fundaban

de contenido general, desligados de los hechos concretos que se han de juzgar en el proceso, procedentes de la experiencia, sean luego leyes, tomadas de las distintas ramas de la ciencia o simples observaciones cotidianas pero independientes de los casos particulares de cuya observación se han inducido y que, por encima de esos casos, pretenden tener validez para otros nuevos, de donde se destaca:

a. Las máximas de experiencia son definiciones o juicios hipotéticos de contenido general, lo que se traduce en que no se trata de juicios sensoriales obtenidos los sentidos.

b. Las definiciones o juicios hipotéticos de contenido, se encuentran desligadas de los hechos concretos que se debaten en el proceso.

c. Las definiciones o juicios hipotéticos de contenido general provienen de la experiencia común, sean luego leyes, tomadas de las distintas ramas de la ciencia o simples observaciones cotidianas, que pueden y son independientes del caso donde se genera o de donde se obtienen.

d. Las máximas de experiencia son utilizadas por encima de los casos particulares donde se plantean o de donde provienen, para tener validez en otros asuntos futuros donde se apliquen.

Según CHIOVENDA las máximas de experiencia son juicios generales, no privativos de la relación jurídica de que se trate, fundados en la observación de lo que comúnmente acontece y que, como tales, pueden hacerse en abstracto por cualquier persona sana de mente y de un nivel medio de cultura.

En este concepto del maestro italiano al igual que el expresado por STEIN, destaca que esos juicios generales provienen de la observación que comúnmente acontece, agregando que pueden hacerse en abstracto por cualquier persona sana de mente y de un nivel medio de cultura. Luego, se deduce que los juicios hipotéticos o generales, son inducidos por los acontecimientos prácticos de la vida, producto de lo que el sujeto observa constantemente, por lo que son reglas de la vida y de la cultura general formadas por inducción, mediante la observación de los casos de la práctica y las reglas especiales de la técnica en las artes, en las ciencias, en la vida social, en el comercio y en la industria, que implícitamente, sin relación concreta con el caso concreto debatido se aplican siempre en el proceso, como premisas de los hechos litigiosos.[328]

---

principios generales que el juez deduce de su tránsito en la vida diaria, llamados por STEIN "máximas de experiencia". Ob. cit. p. 424.

[328] En el derecho anglosajón, a las máximas de experiencia se les da el nombre de *standard* jurídico, lo que a criterio de Humberto CUENCA, como expresa en su "Curso de Casación Civil", citando a COUTURE y que compartimos plenamente, no se trata de una figura diferente sino de *pitiyanquismo* para referirse a un mismo concepto. p. 249.

Por su parte COUTURE al referirse a las máximas de experiencia expresa, que por tal se entienden el conjunto de juicios fundados sobre la observación de lo que ocurre comúnmente y puede formularse en abstracto por toda persona de un nivel mental medio. Las máximas de experiencia son normas de valor general, independientes del caso específico; pero como se extraen de la observación de lo que generalmente ocurre en numerosos casos, son susceptibles de aplicación en todos los otros casos de la misma especie.[329]

Las máximas de experiencia encuentran regulación en el artículo 12 del Código de Procedimiento Civil, conforme al cual el operador de justicia puede basar su decisión judicial en aquellos conocimientos de hecho comprendidos en la experiencia común, sirviéndose de sus propios conocimientos normales o generales, de su ciencia privada como se le llama, que no es de él en particular, sino que es general de todos los individuos con uso de razón y en posesión de un grado determinado de cultura que todos tienen del mundo, a objeto de que pueda integrar con tales conocimientos de la experiencia común, aquellas normas jurídicas adecuadas en el caso para resolver la controversia particular que se le ha sometido, siendo algunos ejemplos de máxima de experiencia los siguientes: El sol sale por el éste; un cuerpo abandonado en el vació, cae; los frutos maduran en el verano; en Venezuela se conduce por la derecha; las personas ancianas caminan con lentitud; las aves emigran en el invierno.

MONTERO AROCA, al referirse al tema de las máximas de experiencia expresa, que su concepto reviste amplitud, pues las definiciones o juicios hipotéticos de contenido general –STEIN- pueden cumplir funciones diversas en el proceso, bien al poderse integrar a la cuestión o supuesto de hecho como a la consecuencia jurídica, siendo que cuanto es utilizado para determinar la consecuencia no pueden ser objeto de prueba, pero la situación cambia cuando las máximas sirven para conocer si ha existido o no un hecho, para determinar si el mismo es o no imposible, para apreciar el vínculo existente entre un indicio y el hecho presumido, o incluso, para valorar un hecho mismo, como sucede en los casos de usos mercantiles. Luego agrega, que las máximas de experiencia se tratan de conceptos, no de hechos, aún cuando entren en las normas como integrantes del supuesto de hecho del cual se origina una consecuencia jurídica.[330]

En cuanto a las funciones de las máximas de experiencia o conocimiento generales de la vida, siguiendo a STEIN,[331] se observan las siguientes:

a. Para apreciar las pruebas.
b. Para la valoración de los indicios.

---

[329] Eduardo J. COUTURE. ob. cit.
[330] Juan MONTERO AROCA. La Prueba en el Proceso Civil. p. 36.
[331] Frederich STEIN. Ob. cit. pp. 56 y 57.

c. Para la determinación de imposibilidad de un hecho, por ejemplo que la piedra arrojada por una persona a más de 60Mts, condujo a la muerte de otro.

d. En la subsunción o calificación jurídica –se trata de complementar conceptos jurídicos indeterminados-.

PARRA QUIJANO al referirse a las funciones que cumplen las máximas de experiencia hace lo propio, señalando: [332]

a. Para valorar los medios de prueba judicial, como sucede con la prueba de testigo donde el operador de justicia debe examinar la confianza que merezca el testigo, la edad, vida y costumbres, por la profesión que ejercen y demás circunstancias, desechando en la sentencia la declaración del testigo inhábil o del que apareciere no haber dicho la verdad –artículo 508 del Código de Procedimiento Civil- y precisamente para determinar si un sujeto –testigo- no ha dicho la verdad, al tomarse en cuenta las circunstancias anotadas se utilizan las máxima de experiencia.

b. Para indicar los hechos desconocidos partiendo de otros conocidos y conforme a la relación causal entre el hecho indicador y el hecho indicado –prueba de indicios-.

c. Para determinar si un hecho es o no posible, como sucede en el caso que el testigo declare que el vehículo venía a cien kilómetros por hora y frenó a dos metros o que a trescientos metros un sujeto pudo observar con nitidez un objeto o sujeto. En estos casos utilizamos las máximas de experiencia.

d. En la formación de la sentencia, bien cuando es utilizada para el caso de la integración de la norma en caso de conceptos jurídicos indeterminados o cuando se utiliza en la conclusión jurídica.

FÁBREGA en su estudio sobre la "Teoría General de la Prueba", expone que las máximas de experiencia no son otra cosa que juicio empíricos de la vida, que son útiles para la comprobación de los hechos y para aplicar las normas jurídicas que la ley no define, tales como diligencias de buen padre de familia, buena fe, mala fe, malos tratos, lo equitativo, entre otros conceptos no definidos por la ley.[333]

Por su parte GUASCH FERNÁNDEZ hace lo propio, exponiendo que junto a la idea fundamental de que las partes debe aportar los elementos fácticos que, luego de verificados, permiten la convicción judicial, aparecen toda una amalgama de vivencias anteriores que son utilizadas por el juzgador independientemente de los elementos lógicos para percibir todo aquello que se coloca a su conocimiento, hablándose en estos casos de máximas de experiencia relativas a la física, a la psicología, a la sociología y

[332] Jairo PARRA QUIJANO. Ob. cit. pp. 59 y ss.
[333] Jorge FÁBREGA. Ob. cit. pp. 73 y 74.

otros aspectos de la realidad. Luego, caracterizadas las máximas de experiencia por su conocimiento no corresponde a la cultura media del juez en el campo que no sea jurídico, así como en su carácter general y abstracto, que no requieren de alegación, no sujetas a contradicción ni son tema de la prueba judicial, a propósito de su variabilidad, estando inmersa en la existencia cotidianas sujetas a dinamismo que imponen las nuevas observaciones y requerimiento personal del juez, aduce el autor español, que las máximas de experiencia intervienen en tres aspectos de la actividad jurisdiccional, como son: 1. Al juicio jurisdiccional, al complementar la norma jurídica cuando se trata de concepto jurídicos indeterminados; 2. A la actividad presuntiva, cuando partiendo del hecho indicante o indicador se deduce el hecho indicado o desconocido; y 3. A la apreciación de los elementos de prueba, especialmente cuado se refiere al sistema de libre convicción razonada o sana crítica.[334]

Una vez aclarado lo que se entiende por máximas de experiencia y la forma como funcionan en el proceso, respecto a su prueba encontramos que teniendo en consideración que las mismas no se refieren a hechos, sino a definiciones o juicios hipotéticos de contenido general que provienen de la observación que comúnmente acontece, que pueden hacerse en abstracto por cualquier persona sana de mente y de un nivel medio de cultura, vale decir, juicios hipotéticos o generales, inducidos por los acontecimientos prácticos de la vida, producto de lo que el sujeto observa constantemente, siendo reglas de la vida y de la cultura general formadas por inducción, que sirven en la labor judicial, bien para la construcción de la sentencia al integrar la norma jurídica cuando se trata de conceptos jurídicos indeterminados, bien para la conclusión jurídica –lo que se refiere a la cuestión de derecho- o bien para la apreciación o valoración de los medios de prueba y establecimiento de los hechos –premisa menor- no requieren ser demostrados en el proceso, esto es, no son tema de la prueba, pues se encuentran y se infieren de la vida y cultura del operador de justicia, de la observación del acontecer diario que gira a su alrededor.

2.6. Principios del derecho.

Los principios generales del derecho son aquéllos que mediante un proceso de comparación, generalización y abstracción progresivamente creciente, se pueden inducir de todo sistema jurídico vigente positivo, y que representan sus presupuestos y directrices fundamentales de acuerdo con la recta razón y la idea de justicia tal como es exigida, como sucede con principios generales del derecho como la propiedad, la familia, la patria potestad.

---

[334] Jaime GUASCH FERNANDEZ. Ob. Cit. p. 276 y ss.

REIMUNDÍN citado por HITTERS expresa que se trata de aquellos criterios de derecho positivo que se extraen del texto constitucional, del Código Civil, del Código de Comercio, entre otros, que sirven al intérprete para obtener la solución del caso no previsto, y si bien es cierto que los mismos no se encuentran delimitado en ninguno de los cuerpos legales citados, no obstante están implícitos en el ámbito de la legislación, como presupuestos lógicos de las normas particulares. [335]

En cuanto a la prueba de los principios generales del derecho, teniendo en consideración su carácter universal y que deben ser conocidos por el judicante, necesariamente ha de indicarse que no requieran ser demostrados en la secuela del proceso al no tratarse realmente de cuestiones de hecho que sirvan para establecer la premisa menor del silogismo judicial, por demás desconocidos por el juzgador –cuestiones de hechos-.

3. LA PRUEBA DE LOS HECHOS.

Analizado el tema del derecho como tema de prueba y salvo los caso excepcionales explicados, el "tema" de la prueba son los hechos pasados y desconocidos por el judicante, que servirán para establecer la cuestión fáctica por comparación con las fuentes aportadas por los medios y que generan convicción judicial en relación a la cuestión fáctica que sirve como supuesto de la norma que contiene la consecuencia jurídica que se aplicará en el caso concreto.

Partiendo de la premisa que por lo general el tema de la prueba judicial son los "hechos", para tratar punto que nos corresponde necesario previamente es despejar algunas interrogantes referidas a: ¿qué son los hechos?, ¿Cuáles son los diferentes tipos de hechos? y ¿Cuáles son los hechos que deben ser verificados en el proceso judicial?

Comencemos diciendo respecto a la primera de las interrogantes, que y como nos indica MUÑOZ SABATÉ el "hecho" es todo lo sucedido o situado en la naturaleza que deja huellas, que queda estampado o grabado; es una entidad física, estática o dinámica, a veces perceptible por los sentidos cuando se exterioriza e incluso, cuando se exterioriza propioceptivamente –sensación de dolor- y a veces solo perceptible con la ayuda de instrumentos y manipulaciones científicas, como ocurre con el hecho psíquico.[336]

Importa destacar que por lo general el hecho que tiene relevancia en la ciencia jurídica, es el hecho histórico, aquel ocurrido antes del proceso judicial en el que se va a reconstruir y producir

---

[335] Juan Carlos HITTERS. Técnica de los Recursos Extraordinarios y de la Casación. 2da Edición. Editora Platense. La Plata, 1998. p. 361.
[336] Lluís MUÑOZ SABATÉ. Ob. cit. pp. 63 y ss.

consecuencia jurídicas, sin perjuicio que también los hechos futuros pueden ser discutidos en el proceso por producir consecuencias jurídicas que interesa a alguna de las partes; pero también debe precisarse que los hechos generalmente se identifican con aquellos donde no interviene la voluntad del hombre, pues en este caso se habla de actos jurídicos, siendo que ambos pueden tener trascendencia e importancia en el mudo jurídico y especialmente procesal, por producir consecuencias que pueden ser conocidas y declaradas por un judicante en el marco del proceso judicial.

Conforme al criterio del precitado profesor español, los hechos históricos tienen dos características fundamentales a saber: la estampación y la traslación, lo primero que se considera como la capacidad que tiene de dejar huellas, vestigios, impresión, de poder quedar grabados en algún punto o puntos del medio físico donde se produce; la traslación que es la capacidad que el hecho puede ser trasportado al proceso, en este sentido y como hemos indicado en este trabajo siguiendo a TARUFFO, el hecho histórico "bruto" luego de ocurrido, queda estampado en las diferentes fuentes que como elemento metejurídico, anteproceso e independiente de él, puede tener relevancia jurídica como consecuencia de ser afirmado en el marco de un proceso judicial como fundamento de pretensiones o excepciones, lo que se hace a través del enunciado del hecho "institucional" y que tiene determinación valorativa conforme a una norma jurídica, de la cual puede ser presupuesto de hecho, todo lo que debe ser verificado por un mecanismo de comparación con las fuentes trasladadas por los medios probatorios y que permiten la convicción del judicante para la construcción de la cuestión fáctica.

De esta manera la noción de hecho que nos importa en el marco de un proceso judicial como nos indica ROCCO,[337] es precisamente el hecho jurídico, entendido como aquel acontecimiento a los cuales el Derecho objetivo vincula, como consecuencia, el nacimiento, modificación o extinción de un Derecho subjetivo, incluso que impiden el surgimiento del mismo, en otros términos, el hecho trascendental en el mundo jurídico, sea histórico, presente o futuro, es el hecho jurídico –sin perjuicio que pueda ser un acto jurídico, donde interviene la voluntad del hombre- aquel que sirve de presupuesto de una norma que consagra una consecuencia que puede ser constitutiva, extintiva, impeditiva, invalidativa o modificativa de un Derecho subjetivo, conforme a las afirmaciones que hagan las partes del mismo en el marco de sus pretensiones o excepciones, de ahí que como indicáramos en otro en otro momento, la noción de hecho no puede verse aislada de la cuestión de derecho, esto es, el hecho sin el derecho no es nada, así como éste sin el hecho no puede producir efectos ello conforme a la máxima "*ex facto oritur ius*" que se traduce "del hecho nace el derecho".

---

[337] Ugo ROCCO. Ob. cit. V.II. p. 185.

DEVIS ECHANDÍA al tratar la noción de "hechos" como objeto de la prueba judicial nos dice, que en sentido jurídico se entenderá por hechos:[338]

a. Conductas humanas.

Comprende todo aquello que significa un acto humano individual o colectivo, no solo los simples hechos jurídicos ejecutados sin voluntad de producir efectos jurídicos que la ley señala, sino también los actos jurídicos en que el efecto es resultado de la voluntad de producirlo, incluyendo los hechos ilícitos y los sucesos o acontecimientos históricos en que intervenga el hombre, por lo que probar se identifica con la reconstrucción o representación de lo que ha sucedido.

No solo las conductas pasadas y presentes pueden ser objeto de prueba, sino también las futuras, como es el caso del lucro cesante cuando se está en reclamaciones extraconstractuales por casos de muerte, así como en casos contractuales donde proceda la reclamación en cuestión; pueden tratarse de hechos reales o hipotéticos, aislados, simultáneos o sucesivos ocurridos en tiempos más o menos largos. En este sentido ROCCO nos indica que los hechos pueden ser simples o complejos, dependiendo si constan de un solo elemento o de varios elementos de hecho.[339]

En definitiva y respecto a las conductas humanas se dirá que estará representado por la conducta humana, los sucesos, acontecimientos, hechos o actos humanos, voluntarios o involuntarios, individuales o colectivos, que sean perceptibles, incluso las simples palabras pronunciadas, sus circunstancias de tiempo, modo y lugar, y el juicio o calificación que de ellos se tenga.

b. Hechos de la naturaleza.

Son aquellos donde no hay la intervención de la actividad humana, como la fuerza mayor que es producto de un hecho de la naturaleza ajeno a la actividad y conducta de las partes, un derrumbe, una inundación, terremoto, temblor, entre otros. Para este caso ROCCO indica que los hechos jurídicos pueden ser naturales o voluntarios, los primeros que existen *in rerum natura*, como el tiempo, la muerte, el nacimiento; los voluntarios dependen de la voluntad del hombre, pudiendo ser lícitos o ilícitos, según estén o no enmarcados conforme a derecho.[340]

c. Cosas u objetos y aspectos de la realidad material.

Dice el maestro colombiano que tanto las conductas humanas –actos jurídicos- como los hechos de la naturaleza pueden originar cosas u objetos materiales y dejar huellas o alteraciones en la realidad material, de manera que perfectamente pueden ser objeto de prueba esas cosas u objetos elaboradas total

---

[338] Hernando DEVIS ECHANDÍA. Ob. cit. T.I. pp. 160 y ss.
[339] Ugo ROCCO. Ob. cit. V.II. pp. 185 y 186.
[340] Ugo ROCCO. Ob. cit. V.II. p. 186.

o parcialmente por el hombre, las que aparecen como obras de la naturaleza y las alteraciones producidas en la realidad material por esos hechos naturales o por la precitada actividad humana.

La prueba de tales cosas puede referirse a su existencia o inexistencia, características, causas, efectos, duración en el pasado y en el futuro, valor o importancia, así como cualquier otro aspecto de ellos; también militan en este grupo las circunstancias sociales, familiares y personales en la que haya vivido o actuado transitoriamente una persona, al formar parte de las realidades materiales.

En definitiva se trata de cosas u objetos materiales y cualquier aspecto de la realidad material sean o no producto del hombre, incluyendo los documentos.

d. La persona humana.

También considerada como realidad material, puede ser objeto de prueba como cualquier cosa, tal como ocurre cuando se necesite demostrar la existencia de una persona, sus condiciones mentales o físicas, educación, aptitudes y limitaciones, cualidades morales, entre otros aspectos.

En este punto interesa destacar que la persona humana puede ser sujetos u órganos de prueba, cuando colabora con el juez introduciendo en el proceso fuentes o elementos de prueba, como ocurre con las testimoniales y declaraciones, que en el caso penal, está revestida de un conjunto de garantías cuando se trata del imputado y el acusado, tales como el derecho al estado de inocencia, a conocer los cargos que se le imputan o acusan, el derecho a no declarar en su contra ni a declararse culpable, a la asistencia letrada, a ser informado sobre sus derechos y especialmente a la no obligación de declarar y a que en caso de decidir no hacerlo, que esto no le traerá consecuencias jurídicas alguna, concretamente que no existirán presunciones en su contra. Por su parte los sujetos de la prueba se refieren a las diferentes personas que en el proceso judicial desempeñan alguna actividad probatoria, sea de promoción, oposición, admisión, valoración, tales como son las partes y el juez.

Las personas pueden ser sujetos, órganos y objeto de la prueba, los primeros dos ya lo hemos abordado, en tanto que el último –objeto de la prueba- se refiere cuando es la persona sobre quien recaerá la actividad probatoria, vale decir, en él se encuentra la fuente que permitirá por comparación verificar los hechos afirmados, como sucede por ejemplo en procesos penales donde es la persona o en su humanidad donde consta el hecho que quiere acreditarse, como cuando se está en reconocimiento en rueda de individuos, inspección e intervenciones corporales, experticias sobre su persona para determinar aptitudes, condiciones mentales o corporales entre otras circunstancias; importa destacar que cuando la persona –ejemplo el imputado o acusado- son objeto de la prueba, no operan los derechos a que hemos hecho referencia, de manera que no pueda invocarlas para evadir o impedir la práctica del medios

probatorios, pero cuando la persona es sujeto de la prueba, incluso órgano de la prueba, sí deben garantizárseles los precitados derechos, al estar amparo por el estado de inocencia.

JAUCHEN al tratar el tema nos indica que entendiendo como "órgano" de prueba a las personas que dentro del marco de un proceso colaboran con el juez suministrándole el conocimiento del objeto de la prueba, el imputado está involucrado en este concepto; sin embargo puede colaborar en el proceso no sólo como órgano de prueba, sino también como "objeto" de la prueba, de manera que en el primer supuesto –órgano- se configura cuando su aporte probatorio está visualizado por cualquier tipo de manifestación, como acontece con su declaración; en tanto que se erige como "objeto" de prueba cuando el aporte está constituido por su propia persona física, como portador de señas o rastros particulares que pueden contribuir a la averiguación del hecho ilícito, caso éste último donde puede ser obligado coactivamente al acto que se requiera para verificar dichos extremos, tal como sucede en materia de inspecciones corporales o mentales y reconocimientos en rueda de personas, pero sin estar obligado a realizar manifestación alguna en base a la presunción de inocencia, de manera que por como "órgano" de prueba lo será en la medida que concurra su voluntad.[341]

e. Estados o hechos psíquicos o internos del hombre.

Los estados de hecho psíquicos o internos del hombre –dice DEVIS ECHANDÍA- no tienen materialidad en sí mismos, aún cuando se reflejan externamente a través de síntomas y efectos más o menos perceptibles, de manera que no resulta posible negarles entidades propias. No se trata de hechos materiales, pero sí de hechos reales susceptibles de ser conocidos y apreciados subjetivamente, tales como conductas, estados mentales o psíquicos, entendimiento para tomar decisiones conscientes, estados permanentes o transitorios, trastornos mentales, atributos de la personalidad.

Por último y en cuanto a la interrogante que nos hemos hecho referida a **¿Cuáles son los hechos que deben ser verificados en el proceso judicial, que son tema de la prueba?**

Teniendo en consideración que los hechos "brutos" son aquellos que no existen en el dominio jurídico, que ocurren con o sin la voluntad del hombre y que dejan huellas que pueden tener connotación e importancia jurídica en el marco de un proceso judicial al ser presupuestos de normas jurídicas que consagran consecuencias constitutivas, extintivas, impeditivas o modificativas, requieren ser objeto de afirmaciones o enunciados que ubican al hecho en un contexto "institucional" como presupuesto de la norma jurídica –como indicamos- que debe ser verificado por comprobación con las fuentes que se propongan –traslación- para producir convicción judicial, luego de lo cual al establecerse la cuestión fáctica conforme a la interpretación y adecuación de la norma al subsumirse producirán los efectos jurídicos pretendidos por las partes, debemos precisar que en el marco del proceso judicial el tema de la

---

[341] Eduardo M. JAUCHEN. Ob. cit. pp. 231 y 232.

prueba es precisamente los hechos “institucionales”, los hechos con determinación, composición, descripción y disposición valorativa conforma a la norma jurídica, esto es, que sirven de presupuesto de las normas jurídicas que regulan Derechos subjetivos, es lo que se denomina *thema prodandum* –elemento de hecho que sirve de presupuestos a la norma jurídica invocada por las partes como fundamento de sus diversas pretensiones o excepciones-.

Lo dicho es lo que MUÑOZ SABATÉ denomina hechos “nucleares” entendido como aquellos hechos principales, conducentes u operantes, equivalentes al supuesto de hecho normativo y que se convierte en el objeto principal o primordial de la prueba, diferenciado del hecho “secundario” que es aquel contingente, ubicado en la periferia del hecho nuclear y que guarda con el mismo una relación significativa, a lo que se suma el denominado hecho “basura”, definido como aquel que carece de una relación sígnica provechosa con el hecho nuclear o con los hechos secundarios, que rellenan y abultan la narrativa procesal dificultando la *lectio*, más aún hechos afirmados que son totalmente intrascendentes –irrelevantes- acompañados con una retórica barata, repetitiva y leguleya.[342]

En definitiva, *el tema de la prueba recae sobre los llamados hechos “institucionales” o “nucleares” que son afirmados o negados por las partes como fundamento de sus pretensiones o excepciones, al ser el supuesto o presupuesto normativo que contiene la consecuencia jurídica constitutiva, extintiva, modificativa, impeditiva, invalidativa o impeditiva que interesa a las partes –thema probandum-*.

Estos hechos que sin presupuesto de las normas jurídicas indica MUÑOZ SABATÉ pueden ser “molares” o “molecualres”, los primeros –hecho molar- es aquel visto de un modo integral o como un todo dotado de sentido, tanto si actúa como descriptor en la norma jurídica como si lo es como narrativa del proceso; los segundos referidos a la visión “molecular” se presenta como los descifrados, la descomposición del hecho molar.[343]

Pero no toda esta clase de hechos o afirmaciones de hecho serán tema de la prueba judicial, pues y como veremos alguno de ellos estarán eximidos de prueba, siendo la regla de oro que solo los hechos “controvertidos” son sobre los que recaerá la actividad probatoria en el proceso, que deberán acreditarse al judicante a través de la actividad probatoria para crear convicción judicial respecto a los hechos, circunstancia esta que nos motiva nuevamente a presentar otra interrogante a saber: **¿qué debe entenderse por hechos controvertidos?**

Para responder comencemos indicando que no todos los hechos afirmados o negados por las partes como fundamento de sus pretensiones o excepciones tendrán que acreditarse en el proceso, no solo por el tema de ser hechos basura, irrelevantes o impertinentes, sino también por la circunstancia que

---

[342] Lluís MUÑOZ SABATÉ. Ob. cit. pp. 63 y ss. También p. 202.
[343] Lluís MUÑOZ SABATÉ. Ob. cit. pp. 82 y 83.

y conforme veremos, en algunos casos hay reglas que eximen al hecho de ser acreditado; pero aunado a lo indicado conforme a la dialéctica procesal, presentada la demanda y la contestación, la acusación y la defensa, es posible que los hechos nucleares del proceso no hayan sido aceptados, confesados, reconocidos o acordados por las partes, lo que conducirá a tener al hecho como "controvertido" o discutido, todo lo que se produce al trabarse la litis, bien porque hayan sido expresa o tácitamente reconocidos por el demandado, bien que los hechos no estén eximidos o exentos de pruebas –como indicamos- es decir, que con posterioridad a la conducta que asuma el demandado o el acusado al ejercer sus defensas, los hechos alegados por el actor en su escrito libelar o de acusación, mantengan el carácter de "controvertidos", de donde se infiere que los hechos que son tema de prueba son única y exclusivamente los hechos "controvertidos".

DEVIS ECHANDÍA indica que en el proceso el tema de la prueba viene dado por los hechos principales que constituyen el presupuesto de las normas jurídicas aplicables a las pretensiones y excepciones del demandante y demandado, que sean oportunamente afirmados, lo mismo que en los accesorios relacionados con aquéllos y los que sin haber sido afirmados constituyen excepciones –esto último en los sistemas procesales que permitan la declaración oficiosa de éstas, desde que aparezcan probadas- cuando su prueba no esté exenta ni prohibida ni sea imposible, siempre que no exista acuerdo inicial expreso o tácito –el segundo cuando la ley lo presuma- de las partes sobre ellos –en cuanto a los admitidos por ambas partes se consideran suficientemente probados- o que a pesar de ese acuerdo la ley exija un medio distinto de confesión, o niegue la facultad de confesar a alguna d ellas. Y en los procesos penales todos los que interesan a la investigación.[344]

ALSINA nos dice que3 en el proceso debe probarse el hecho del cual emana o del cual depende el derecho que se discute y que puede en consecuencia influir en la decisión final.[345]

Sobre este tema nos enseñaría nuestro padre Humberto BELLO-LOZANO MÁRQUEZ, que los hechos son el fundamento básico de la prueba y muy excepcionalmente del derecho, pero que los hechos que formarán parte del tema probatorio, serán los que tengan el carácter de "controvertidos", quedando fuera del tema en comento aquellos reconocidos, admitido o eximidos de prueba. Lo dicho nos lleva a estudiar los diversos tipos de hecho que pueden ser enunciados y que se hayan en el proceso, así como los diferentes hechos que se encuentran eximidos de prueba y a tal efecto encontramos que existen hechos constitutivos, extintivos, impeditivos o invalidativos y modificativos, los cuales analizamos de seguidas.

---

[344] Hernando DEVIS ECHANDÍA. Ob. cit. T. I. pp. 192 y 193.
[345] Hugo ALSINA. Ob. cit. T. III. p. 241

3.1 Hechos constitutivos.

Son aquellos hechos nucleares o principales en los cuales se fundamente la pretensión, que son el supuesto de hecho de la norma jurídica contentiva de la consecuencia buscada, para que se declare el derecho pretendido, ello sin perjuicio que hay quienes consideran que lo constitutivo no es el hecho como tal, sino la consecuencia jurídica prevista en la norma que se activa al subsumirse el hecho verificado en el proceso, de manera que la consecuencia constitutiva será aquella que da nacimiento a un derecho determinado. En general las diversas normas contenidas en los sistemas de procedimientos exigen la carga de la explanación –onus explanandi- referido a los hechos en que se fundamenta la pretensión –que pueden ser constitutivos por dar nacimiento a un determinado derecho- tal como ocurren en el artículo 340.5 del Código de Procedimiento Civil –aplicable al procedimiento marítimo, aeronáutico y agrario- en el artículo 308.2 del Código Orgánico Procesal Penal, en el artículo 123.4 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, en el artículo 456.d de la Ley Orgánica para la Protección del Niño, Niña y Adolescente y en el artículo 33.4 de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, normas todas éstas que en general exigen como requisitos de la demanda o acusación la explicación, señalamiento, relación, narración o exposición de los hechos en que se fundamenta la pretensión, que no será otro que aquellos que son el supuesto de la norma contentiva de la consecuencia jurídica buscada.

Importa destacar que los hechos constitutivos no son patrimonio exclusivo de la parte accionante o acusadora, pues la parte demandada o acusada perfectamente puede exponer como fundamento de su excepción hechos de naturaleza constitutiva, como sucede por ejemplo en el caso de contratos donde se excepciona el dolo, el error, la violencia o la existencia de otras relaciones contractuales o convenios que dispongan lo contrario a lo reclamado, incluso un mismo hecho puede ser constitutivo para el actor y para el demandado como sucede en el caso del dolo, o constitutivo para el actor y exceptivo para el demandado, como sucede igualmente con el dolo, no obstante sobre este tema volveremos a tratar lo relacionado con la carga de la prueba. Cuando el demandado reconviene a la parte actora, no se trata del caso de un hecho constitutivo expuesto por la parte demandada, ya que al proponer la contra-demanda asume la posición de accionante –demandado-reconviniente-.

Como supuestos de hechos constitutivos expuestos por la parte actora podríamos señalar, la existencia de una deuda y el vencimiento del plazo para su pago, como fundamento de la demanda de cobro de bolívares, la no cancelación cancelación del canon o pensión de arrendamiento, la existencia de un contrato de arrendamiento o el incumplimiento de las obligaciones contractuales; en materia laboral la existencia de la prestación de servicio personal a una determinada persona natural o jurídica, el señalamiento del sujeto beneficiario de los servicios laborales, el sueldo devengado, las causas del despido,

las causas como sucedió el accidente de trabajo; en el caso penal los hechos en que se basa la acusación tales aquellos referidos a la ocurrencia del hecho delictivo –acto por acción u omisión- atenuantes, agravantes, su demostración, tipiciad, la lesividad y antijuricidad, culpabilidad del acusado como consecuencia de su participación voluntaria –lo que comprenderá lo alegado y eventual prueba de aspectos subjetivos o internos referidos a la voluntad consciente de haber querido un resultado criminoso- así como su grado de participación, los que tiene que estar precedidos por actos de investigación que hayan determinado la comisión del delito y la individualización de su agente, a propósito de la existencia de elementos de convicción que permitan identificar al mismo como su autor, conforme a las fuentes probatorias que hayan sido recolectadas en la fase de investigación o preparación y que sirven para fundamentar la acusación, capaces de romper con el estado de inocencia mediante el aporte de pruebas de cargo que represente una mínima actividad probatoria, todo lo que en definitiva puede resumirse en la existencia y alegato de hechos constitutivos externos e internos del delito.

En definitiva, los hechos constitutivos son aquellos hechos principales en los que se fundamentan las diferentes pretensiones, sin perjuicio de ser también fundamento de excepciones, que son presupuesto de las normas que consagran igual consecuencia, referido a la existencia o nacimiento del derecho que se pretende en cada caso.

3.2. Hechos extintivos.

Son aquellos hechos que tienen por objeto destruir o aniquilar los efectos perseguidos por el hecho constitutivo alegado por el actor o acusador como fundamento de las diferentes pretensiones procesales, el cual produce la extinción de la obligación o del derecho buscado, más concretamente, ponen fin al derecho pretendido, como podría ser el pago, la prescripción, la compensación, la novación, la remisión de la deuda y en definitiva, todos los hechos que fulminen los efectos que puedan producir los hechos constitutivos y el derecho reclamado por el accionante. También para el caso penal y ante hechos constitutivos externos o internos en que se fundamenta la pretensión punitiva contenida en la acusación, como hechos exceptivos podemos señalar la cosa juzgada, cuando el hecho no revista carácter penal, prohibición legal de intentar la acción propuesta, falta de legitimación, caducidad, extinción de la acción penal, el indulto, entre otros, todo conforme a lo previsto en el artículo 28 del Código Orgánico Procesal Penal.

Es importante tener presente que y aunque el hecho extintivo generalmente se identifica con las defensas del demandado o del acusado, dichos hechos no son patrimonio exclusivo de los mismos, pues eventualmente el accionante también puede basar su pretensión en hechos de carácter extintivos, como pudiera suceder cuando se reclama la prescripción adquisitiva, la liberación de la garantía hipotecaria al haberse cancelado la obligación principal garantizada con la hipoteca, entre otros casos.

3.3. Hechos impeditivos o invalidativos.

Son aquellos hechos que tienen por objeto impedir que el hecho constitutivo produzca sus efectos jurídicos, es decir, aquellos cuya ausencia impide que la existencia del hecho específico, de nacimiento al derecho correspondiente, negando de alguna forma su eficacia jurídica por afectar su validez –la validez del acto jurídico- como podría suceder cuando el demandado con vista a la demanda de cumplimiento de contrato, excepciona su nulidad por haber sido suscrito por un menor de edad, un entredicho o un inhabilitado, por haber ocurrido al momento de su suscripción vicios del consentimiento, bien porque haya carencia de objeto, de causa o de consentimiento, hechos éstos que tienden a invalidar el contrato y a impedir que produzca sus efectos jurídicos. Para el caso penal podríamos señalar en los términos del citado artículo 28 del Código Orgánico Procesal Penal, la falta de jurisdicción, de competencia, incumplimiento de os requisitos de procedibilidad para intentar la acción, incapacidad de la víctima para intentar la acción, incapacidad el imputado, falta de requisitos especiales para intentar la acusación fiscal, la acusación particular propia de la víctima o la acusación privados, entre otros.

Pero tal y como ocurre con el hecho constitutivo, el hecho extintivo que también se identifica generalmente con el demandado o acusado, no se ubica en su patrimonio argumentativo de manera exclusiva, sino perfectamente pueden ser utilizados como fundamento de la pretensión, como sucedería en los casos de demandas que tienen por objeto obtener la nulidad de los contratos u obligaciones por ausencia de capacidad, objeto, causa, vicios del consentimiento o cualquier otro requisito esencial de validez.

3.4. Hechos modificativos.

Son aquellos que tienden a modificar o cambiar la calificación jurídica o de hecho del hecho constitutivo, como podría ser el caso de alegarse en un proceso, que la naturaleza del contrato discutido no es de comodato sino de arrendamiento, que se alegue en un proceso que la cantidad dineraria reclamada nunca fue objeto de un préstamo, sino que por el contrario el accionante le regaló al demandado la cantidad

dineraria reclamada, que se excepcione que no se está frente a un contrato de trabajo sino de carácter mercantil, también cuando se cuestiona el lugar, modo y tiempo de la obligación, calidad de las cosas, entre otros supuestos, incluso, que el hecho investigado no reviste carácter penal, sino que se trata de una relación comercial, tal como ocurren en los casos penales donde los penalistas generalmente pretenden llevarse a este campo relaciones comerciales, dándole visos de penal para obtener medidas y presionar acuerdos en forma fraudulenta.

Estos hechos como suceden con los analizados anteriormente, se identifican con el demandado o acusado, aunque no son patrimonio exclusivo de ellos, pues perfectamente pueden ser utilizados como fundamento de la pretensión, como sucedería en los casos de acciones –*rectius*: pretensiones- mero declarativas para que se establezca la existencia de una relación mercantil y no laboral; o la existencia de un contrato de arrendamiento y no de comodato, entre otros supuestos.

Como podemos observar de esta tipología de hechos que pueden ser fundamento de pretensiones o excepciones en general, pson utilizables en el proceso por cualquiera de los sujetos procesales, no siendo de dominio absoluto del actor o acusador –hechos constitutivos- ni del demandado o acusado - extintivos, impeditivos o invalidativos y modificativos- pues el accionante o acusador perfectamente puede fundamentar su demanda en hechos extintivos, como lo es la prescripción adquisitiva; en hechos impeditivos o invalidativos, como lo es el caso de las acciones mero-declarativas que tienen por objeto la declaratoria de nulidad de un contrato por adolecer de alguno de sus elementos esenciales -capacidad, objeto, causa o consentimiento- o la pretensión tendiente a obtener la nulidad de una garantía hipotecaria; así como en hechos modificativos, como también podría ser la acción mero-declarativa para modificar la naturaleza de una relación contractual; igualmente el demandado o acusado puede fundamentarse en hechos de carácter o naturaleza constitutiva.

Estos hechos analizados son fundamentales para determinar más adelante la distribución de la carga probatoria, tal como lo veremos en su oportunidad correspondiente, por lo que debemos tenerlos presentes desde este momento.

4. HECHOS EXENTOS DE PRUEBA.

Ya hemos adelantado que no todos los hechos expuestos por las partes como fundamentos de sus pretensiones en general, sean constitutivos, extintivos, impeditivos o invalidativos y modificativos, que sirven de presupuesto de las normas jurídicas que contienen las consecuencias pretendidas, serán tema de la prueba en el marco un proceso judicial, pues también se ha dicho que solo en la medida que habiendo

sido alegados por alguna de las partes procesales y hayan sido controvertidos por la otra, es que serán tema de la prueba como consecuencia de su carácter "discutido".

En este sentido, si el hecho ha sido alegado en la demanda –o acusación- o excepcionado en la contestación o la defensa y no es reconocido, aceptado o admitido en forma alguna por la parte contraria, lo cual determina el carácter de "controvertido", será tema de prueba judicial, de manera que debemos insistir, que no todos los hechos –afirmaciones o negaciones- expuestos por las partes en el proceso como fundamento de sus pretensiones, serán tema de prueba, ya que solo aquellos que mantengan el carácter "controvertido" pasarán a formar parte del debate probatorio; pero incluso, el hecho puede ser controvertido, puede ser presupuesto de la norma jurídica para que produzca los efectos perseguidos por las partes y no obstante puede estar eximido de prueba, circunstancias estas que nos colocan en el momento de estudiar aquellos hechos que no requieren ser probados o están eximidos de prueba en el marco del proceso judicial, tales como serán.

a. Hechos expresamente admitido o reconocido por las partes.
b. Hechos tácitamente admitidos o reconocido por las partes.
c. Hechos presumidos por la ley.
d. Hechos evidentes.
e. Hechos indefinidos.
f. Hechos negativos.
g. Hechos impertinentes.
h. Hechos irrelevantes.
i. Hechos notorios.
j. Notoriedad de hecho.
k. Hechos comunicacionales.
l. Notoriedad Judicial.
m. Hechos cuya prueba prohíbe la Ley.

Estos hechos como veremos y desarrollaremos inmediatamente, están eximidos de prueba, aún cuando pueden ser presupuesto de las normas jurídicas contentivas de las consecuencias perseguidas en el proceso, conforme a las pretensiones o excepciones en que se fundamentan las reclamaciones judiciales, y aún cuando sean controvertidos por las partes. Veamos cada uno de ellos.

4. 1. Hechos expresamente admitidos o reconocidos por las partes.

Como hemos venido argumentando para que las afirmaciones o negaciones expresadas por las partes como fundamento de sus pretensiones sean tema de la prueba, se requiere que mantengan el carácter de "controvertidos", lo cual se obtiene una vez que los hechos han sido expuestos por alguna de las partes –*onus explanandi*- y rechazados por la otra, mas si el hecho ha sido expresamente admitido o reconocido se despoja de carácter "controvertido" escapando del debate o dialéctica probatoria –eximido de prueba- debiéndo tenerse como cierto o establecido en el proceso, capaz inmediatamente de servir para la formación de la convicción o certeza judicial, tal como sucede por ejemplo en el caso que el accionante en su demanda alegue como fundamento de su pretensión la existencia de una deuda contenida en un contrato de préstamo, el cual no ha sido cancelado y que hasta la fecha de la demanda ha generado una determinada cantidad de dinero por concepto de intereses y el demandado, al momento de ejercer sus defensas, expresamente reconoce la existencia de dicho préstamo –obligación- el hecho de no haber cancelado la misma, pero rechaza o contradice el monto dinerario reclamado por concepto de intereses, caso en el cual, de los hechos afirmados por el actor como base de su pretensión, el único que mantuvo su carácter controvertido fue el referido a los intereses, siendo en consecuencia el único que traspolará la etapa o fase alegatoria y será tema de la dialectiva probatoria, correspondiendo la carga de la prueba de dicho hecho a aquella parte que alegó el hecho que sirve de presupuesto de la norma jurídica que consagra la consecuencia jurídica constitutiva, extintiva, impeditiva o invalidativa o modificativa que le favorece y que cuyo beneficio solicitó.

También podemos ver en materia penal el tema de los acuerdos reparatorios, la suspensión condicional del proceso, la aplicación del procedimiento por admisión de los hechos, que parten de la premisa que previamente debe existir una admisión plena de los hechos, salvo que en el primer caso –acuerdos reparatorios- se haya efectuado antes que se presentare la acusación y fuera admitida. Importa destacar también –como lo hemos hecho en otro lado- que respecto a la confesión penal que conducen al reconocimiento de los hechos por parte del acusado y que pueden generar eventualmente que no sean tema de la prueba, primeramente por la naturaleza del derecho e interés en juego, la confesión o reconocimiento del hecho delictivo y la participación del acusado en el mismo, no es un medio de prueba que por sí solo pueda conducir a una sentencia condenatoria al quedar penetrada la membrana de la presunción de inocencia, por el contrario, se requiere que tal circunstancia –el cuerpo del delito- esté acreditado por otros medios probatorios, pues no es poco frecuente que la confesión del hecho por el acusado sea con el simple hecho de ganar fama, de proteger a otras personas, entre otros aspectos que determinan el interés de mentir al reconocer el hecho delictivo; en segundo término debemos destacar que para que la confesión del hecho sea válido, la declaración del imputado y acusado deben estar revestidas de un conjunto de derechos como la libertad y plena consciencia del acto por parte del

imputado o acusado, que haya sido precisamente advertido del derecho a su presunción de inocencia, del derecho a no declarar ni a confesar y que ello no le acarreará consecuencia alguna, a la asistencia letrada y otras derechos propios de este sujeto, sin perjuicio que tratándose de declaraciones confesorias del imputado en fase de investigación, debe ser ratificada por éste en la audiencia oral cuando declare, pues de ser retractada y no estando obligado a decir la verdad, se activará la presunción de inocencia, no pudiendo tenerse la misma ni siquiera como indicio.

Sobre este tema GUASP expresa que se encuentran excluidos del *thema probandum*, los datos de hecho que ambas partes reconocen unánimemente, esto es, los datos alegados por una parte y admitidos por la otra, por lo que los hechos que se encuentran en este caso dan lugar a la figura procesal de la admisión, la cual se construye como un eximente de pruebas, agregando que la admisión se origina cuando del entrecruce de las alegaciones procesales, resulta la adhesión de ambas partes a uno o varios datos relevantes para el debate, diferenciándose netamente de la confesión, en que éste es un auténtico medio de prueba, carácter que en la admisión no se da ya que debe provenir de ambas partes en el proceso y no ser condicionado en forma alguna. [346]

En este sentido el hecho expresamente admitido no es tema de prueba, ya que carece del carácter de controvertido, pero como enseña DEVIS ECHANDÍA la admisión de un hecho es un tipo de confesión, cuya diferencia radica precisamente en el hecho de que la primara es siempre espontánea y la segunda puede ser provocada -interrogatorio de parte o posiciones juradas-; en la admisión el hecho admitido debe ser previamente alegado por la parte contraria, no así la confesión; en la admisión puede reconocerse un hecho favorable, no así en la confesión; el hecho admitido no puede ser revocado, pero eventualmente el hecho confesado puede ser revocado por error de hecho; el hecho admitido tácitamente admite prueba en contrario, pero el hecho confesado no admite prueba en contrario; el hecho admitido puede referirse a cualquier hecho, en tanto que el hecho confesado solo puede referirse a hechos personales del confesante, de donde se deduce que la admisión del hecho se diferencia de su confesión. [347]

Pero puede suceder que las afirmaciones o negaciones de los hechos sean expresamente admitidos o reconocidos por las partes, rechazándose su calificación jurídica, caso en el cual, los hechos igualmente quedan eximidos o relevados de prueba, pues la cuestión de la calificación jurídica de los hechos corresponde al operador de justicia, quien conoce el derecho, califica jurídicamente los mismos y a la pretensión, todo conforme al principio *iura novit curia*.

---

[346] Jaime GUASP. Ob. cit. T. I. p. 307
[347] Hernando DEVIS ECHANDÍA. Ob. cit. T. I. pp. 202 y ss.

4.2. Hechos tácitamente admitidos o reconocido por las partes.

Al lado de los hechos expresamente admitidos o reconocidos y que se encuentran eximidos o exentos de prueba, se encuentran aquellos hechos que las partes han reconocido o admitido tácitamente como consecuencia de la conducta que hayan asumido en el proceso, en aquellos casos en que la ley establezca como efecto procesal por la falta de contradicción, negación o rechazo o por requerir un rechazo o contradicción específico, su aceptación, admisión o reconocimiento.

Si la ley exige expresa contradicción o rechazo de los hechos afirmados o negados por alguna de las partes, o exige que la misma debe realizarse de determinada forma, su falta de negación, contradicción o rechazo se traducirá en reconocimiento tácito de los mismos, quedando en consecuencia fuera del debate probatorio al despojarse de su carácter de controvertidos, tal como sucede en materia laboral conforme al artículo 135 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo que expresa […] *Concluida la audiencia preliminar sin que haya sido posible la conciliación ni el arbitraje, el demandado deberá, dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes, consignar por escrito la contestación de la demanda, determinando con claridad cuáles de los hechos invocados en la demanda admite como ciertos y cuales niega o rechaza, y expresar asimismo, los hechos o fundamentos de su defensa que creyere conveniente alegar. Se tendrán por admitidos aquellos hechos indicados en la demanda respectiva, de los cuales, al contestar la demanda, no se hubiere hecho la requerida determinación, expuestos los motivos del rechazo, ni aparecieren desvirtuados por ninguno de los elementos del proceso. Si el demandado no diera la contestación de la demanda dentro del lapso indicado en este artículo, se le tendrá por confeso, en cuanto no sea contraria a derecho la petición del demandante. En este caso, el tribunal remitirá de inmediato el expediente al Tribunal de Juicio, quien procederá a sentenciar la causa, sin más dilación, dentro de los tres (3) días hábiles siguientes, al recibo del expediente, ateniéndose a la confesión del demandado."*

En esta materia –procesal laboral- conforme a la norma transcrita, la contestación de la demanda no puede ser genérica, es decir, que los hechos afirmados o negados por el acccionante no pueden ser rechazados, negados o contradichos por el demandado en forma pura y simple, por el contrario, el legislador requiere u obliga al demandado a:

a. Que al momento de contestar determine con claridad cuáles de los hechos afirmados o negados en la demanda que admite como ciertos y cuales niega o rechaza.

b. Que exprese los hechos –afirmaciones o negaciones- que sirvan de fundamento de su defensa o excepción que creyere conveniente.

Si al contestarse la demanda en la materia tratada el demandado no determina con claridad cuales hechos rechaza o contradice, es decir, no hace la requerida determinación o no expone los motivos del rechazo, se tendrán por admitidos los hechos afirmados o negados en la demanda, produciéndose una

admisión tácita de los mismos por efecto de la conducta procesal asumida por la parte demandada y la consecuencia que prevé la ley, estando eximidos o relevados de prueba, vale decir, que los hechos en que se fundamentó la demanda, se tendrán como establecidos y ciertos o fijados en la decisión como parte integrante de la premisa menor, no obstante a permitirse la prueba en contrario de dicho hechos, que corresponderá a la parte demandada, quien asumirá la carga probatoria para desvirtuarlos producto de su conducta procesal omisiva que al final constituye un indicio endoprocesal que adquiere el accionante para su acervo probatorio que hace desplazar la carga probatoria del actor al demandado, lo que se traduce en que estamos realmente ante una admisión tácita de los hechos que adquiere naturaleza desvirtuable mediante prueba en contrario.

Igualmente existe admisión tácita de los hechos expuestos como fundamento de la demanda, cuando el demandado no comparece a la audiencia preliminar, tal como lo señala el artículo 131 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, que expresa […] *Si el demandado no compareciere a la audiencia preliminar, se presumirá la admisión de los hechos alegados por el demandante y el tribunal sentenciará en forma oral conforme a dicha confesión, en cuanto no sea contraria a derecho la petición del demandante, reduciendo la sentencia a un acta que elaborará el mismo día, contra la cual, el demandado podrá apelar a dos efectos dentro de un lapso de cinco (5) días hábiles a partir de la publicación del fallo. El Tribunal Superior del Trabajo competente decidirá oral e inmediatamente y previa audiencia de parte, dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes contados a partir del día de recibo del expediente, pudiendo confirmar la sentencia de Primera Instancia o revocarla, cuando considerare que existieren justificados y fundados motivos para la incomparecencia del demandado por caso fortuito o fuerza mayor plenamente comprobables, a criterio del tribunal. La decisión se reducirá a forma escrita y contra la misma será admisible el recurso de casación, si alcanzare la cuantía a la que se refiere el artículo 167 de esta Ley, dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a dicha decisión. En todo caso, si el apelante no compareciere a la audiencia fijada para decidir la apelación, se considerará desistido el recurso intentado*."

Pero esta norma que regula la presunción de la admisión de los hechos –admisión tácita- ante la incomparecencia del demandado a la audiencia preliminar, realmente se refiere a una confesión indesvirtuable del demandado ante la incomparecencia, es decir, que sobre los hechos afirmados o negados por el actor como fundamento de la demanda pesa una presunción indesvirtuable o *iure et de iure*, que mas que presunción constituyen hechos ciertos establecidos en forma indesvirtuable por el legislador, producto del efecto procesal previsto en la norma ante la incomparecencia, observándose que la permisología de la norma en cuanto a los hechos que pueden exponerse y demostrarse en el segundo grado de jurisdicción activado por la apelación contra el fallo de primera instancia, se limita a la existencia de justificados y fundados motivos para la incomparecencia del demandado por caso fortuito o fuerza mayor, no recayendo sobre los hechos tácitamente admitidos y por demás indesviruables, mas consideramos que esta norma resulta contraria al contenido del artículo 49 constitucional por ser

absolutamente lesiva del derecho a la defensa y del derecho que tiene todo sujeto a ser oído antes de ser juzgado, ya que realmente el legislador regula que el juez de Sustanciación, Mediación y Ejecución llama a las partes a la audiencia preliminar, para que el proceso se componga mediante medios alternativos de solución de conflictos, vale decir, conciliación o transacción, incluso convenio, encontrándose el proceso en una etapa donde la *litis* no se ha trabado, pues en forma errada la Ley Orgánica Procesal del Trabajo prevé la contestación de la demanda luego de culminada infructuosamente la audiencia preliminar, lo que se traduce en que la incomparecencia del demandado a esta audiencia producirá, un juzgamiento por parte del operador de justicia al condenarlo sin antes ser oído –contestación de la demanda-.

En este sentido afirmamos que la norma resulta errada, pues la misma debió prever que la incomparecencia de la parte demandada a la audiencia preliminar, solo produciría la admisión tácita de los hechos que a todo evento podrían ser desvirtuados por el demandado mediante prueba en contrario, pero al preverse una confesión, lejos de una admisión tácita de los hechos, se reguló una admisión indesvirtuable de los mismos, no solo en la misma instancia sino en la alzada, donde el universo del alegato y la prueba de limitan a las causas de la incomparecencia, por lo que afirmamos también que la norma debe ser reformada en los términos señalados, a propósito de preverse la audiencia preliminar luego de producida la contestación de la demanda.

Pero sobre el tema de la admisión de los hechos por la incomparecencia a la audiencia preliminar, la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia ha señalado:

> Ahora bien, teniendo esta Sala la facultad de emitir la sentencia de fondo de acuerdo a lo establecido en el tercer párrafo del artículo 175 de la Ley Orgánica del Trabajo, pasa de seguida a dictarla, no sin antes realizar algunas precisiones en cuanto al carácter absoluto que se le ha otorgado a la confesión que se origina por la incomparecencia del demandado a la audiencia preliminar a tenor de lo dispuesto en el artículo 131 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo.
>
> Así las cosas, esta Sala en sentencia N° 155 de fecha 17 de febrero del año 2004, con respecto a la interpretación del artículo 131 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, estableció lo siguiente:
>
> "En este orden de ideas debe la Sala señalar, que para el supuesto de apertura o inicio de la audiencia preliminar, la contumacia del demandado es calificada por la Ley de manera plena, advirtiéndose:
>
> 'Artículo 131 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo:
>
> Si el demandado no compareciere a la audiencia preliminar, <u>se presumirá la admisión de los hechos alegados por el demandante y el tribunal sentenciará en forma oral conforme a dicha</u>

confesión, en cuanto no sea contraria a derecho la petición del demandante, reduciendo la sentencia a un acta que elaborará el mismo día (...)'. (Subrayado de la Sala).

Como se desprende de la norma ut supra transcrita, de no comparecer el demandado al llamado primitivo para la audiencia preliminar, se presumirá la admisión de los hechos alegados por el actor en su demanda, estando compelido el Juez de Sustanciación, Mediación y Ejecución en sentenciar de manera inmediata, reduciendo en la misma oportunidad en que se materializa la referida incomparecencia, la decisión en acta.

Ahora bien, el mandato inserto en tal pauta normativa ilustra a la Sala para cualificar a la presunción de admisión allí contenida con un carácter absoluto y, por tanto, no desvirtuable por prueba en contrario.

En efecto, las modalidades de tiempo y forma, previstas en la norma in comento para ejecutar el acto cognitivo declarativo del derecho (la decisión) limitan ésta a la confesión acaecida por la rebeldía y, adicionalmente su exteriorización, debe ejecutarse de manera inmediata (sentencia oral reducida en acta elaborada el mismo día al de la incomparecencia).

En sintonía con tal presupuesto, la exposición de motivos de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, revela que de "nada serviría que la Ley consagrara el carácter obligatorio, si al mismo tiempo no se plasman mecanismos procesales, para persuadir a las partes a que acudan a la audiencia preliminar a resolver sus diferencias, por ello, se ha considerado necesario que si el demandante no compareciere, se considerará desistido el procedimiento y si no compareciere el demandado, se presumirá la admisión de los hechos alegados y el Tribunal declarará terminado el procedimiento, en el primer caso o resolverá el mérito del asunto ateniéndose a la confesión, en el segundo caso (...). Se piensa que este mecanismo garantiza que las partes no van a faltar a este importante acto del procedimiento.".

De otra parte, el propio sistema procesal confina la prueba en contrario a los fines de desvirtuar la confesión de admisión de los hechos, toda vez que el demandante con su contumacia, vulnera el principio preclusivo de los actos procesales, ello, al no presentar tempestivamente los medios probatorios pertinentes para acreditar sus respectivas afirmaciones de hecho (apertura de la audiencia preliminar -Artículo 73 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo-) o en todo caso, para ofrecer la contraprueba de los hechos alegatos del actor.

Finalmente, el artículo 120 de la señalada Ley Adjetiva del Trabajo prescribe ex lege, cuando una conclusión se presume con carácter relativo, no enmarcándose el citado artículo 131 eiusdem en la esfera de tales presunciones.

Sin embargo, aun cuando se pueda afirmar que la presunción de admisión de los hechos antes comentada reviste carácter absoluto, tal admisión opera esencialmente sobre los hechos ponderados por el demandante en su demanda y no con relación a la legalidad de la acción o del petitum (rectius: pretensión).

Ciertamente, la ilegalidad de la acción supone que la misma se encuentra prohibida por la ley, no tutelada por el ordenamiento jurídico, mientras que la segunda proposición (contrariedad de la pretensión con el derecho) se orienta a la desestimación de la demanda por no atribuir la ley a los hechos alegados, la consecuencia jurídica peticionada, todo con prescindencia a la virtualidad de los mismos, bien sea por haber sido formalmente probados o por refutarse como admitidos por ley (presunción).

Así las cosas, el demandado rebelde podrá impugnar el fallo dictado por orden de la confesión de admisión, soportando el objeto de dicha impugnación en la ilegalidad de la acción o en la afirmación de que la pretensión es contraria a derecho.

Lógicamente, en ambos supuestos, el demandado tendrá la carga de demostrar la ilegalidad de la acción o contrariedad con el ordenamiento jurídico de la pretensión, no obstante que la obligación del Juez de Sustanciación, Mediación y Ejecución en verificar tales extremos emerge de pleno derecho.

Ahora, tal potestad del contumaz no representa la posibilidad de desvirtuar la confesión de admisión por prueba en contrario, sino en la de enervar una acción no amparada por el estamento legal patrio, o de enervar la pretensión del actor por cuanto pese a que la acción está tutelada jurídicamente, los hechos acreditados y admitidos por consecuencia de ley no guardan relación o entidad alguna con el supuesto de hecho abstracto de la norma jurídica peticionada.

De tal manera, que si ante la incomparecencia del demandado a la apertura de la audiencia preliminar, la ley tiene por admitidos los hechos alegados por el actor en su demanda y, por tanto, debe decidirse conforme con dicha presunción; el demandado tendrá la posibilidad de extinguir tales efectos procesales, si por ejemplo, certifica el pago de lo condenado; es decir, desvela la pretensión como contraria a derecho"(Sentencia de fecha 17 de febrero del año 2004 en el caso Arnaldo Salazar Otamendi contra Publicidad Vepaco, C.A. con ponencia del Magistrado Omar Mora Díaz).

La sentencia precedentemente transcrita señaló que, cuando el demandado no compareciera al llamado primitivo para la audiencia preliminar, se origina en consecuencia una presunción de admisión de los hechos alegados por el actor en su libelo, presunción ésta que reviste un

carácter absoluto, es decir, que no admite prueba en contrario (*presunción juris et de jure*). En este sentido, el fallo dictado por el juez de sustanciación, mediación y ejecución, por orden de la confesión del demandado, sólo podrá ser impugnado en cuanto a la ilegalidad de la acción o en la afirmación de que la pretensión es contraria a derecho.

Ahora bien, a más de un año de la entrada en vigencia de la novísima Ley Orgánica Procesal del Trabajo, esta Sala de Casación Social a través de la jurisprudencia, ha tenido sin lugar a duda, un papel preponderante en la interpretación de la normativa contenida en la Ley adjetiva mencionada, flexibilizándola en muchas ocasiones con el propósito de obtener una justicia real, eficaz y fundada en la verdad como valor indispensable dentro de todo proceso judicial.

Es así, que *esta Sala considera necesario flexibilizar el carácter absoluto otorgado a la confesión ficta contenida en el artículo 131 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo*, estableciendo que, cuando el demandado no comparezca a una de las sucesivas prolongaciones de la audiencia preliminar, empero, se haya promovido pruebas, la confesión que se origine por efecto de la incomparecencia a dicha audiencia (prolongación) revestirá un carácter relativo, permitiéndole por consiguiente al demandado desvirtuar dicha confesión, es decir, desvirtuar la confesión ficta que recae sobre los hechos narrados en la demanda mediante prueba en contrario (*presunción juris tantum*), siendo éste el criterio aplicable en estos casos a partir de la publicación del presente fallo. (Cursivas de la Sala).

En este caso, el sentenciador de sustanciación, mediación y ejecución, deberá tener en cuenta a efecto de emitir su decisión las siguientes circunstancias:

1°) Si la incomparecencia del demandado surge en el llamado primitivo para la audiencia preliminar, la admisión de los hechos por efecto de dicha incomparecencia (confesión ficta), revestirá carácter absoluto por lo tanto no desvirtuable por prueba en contrario (*presunción juris et de jure*). Es decir, la potestad del contumaz no representará la posibilidad de desvirtuar la confesión de admisión por prueba en contrario, sino la de enervar la acción por no estar ésta amparada por la ley o la de enervar la pretensión del actor bajo la afirmación de que ésta es contraria a derecho. En este caso, el sentenciador de sustanciación, mediación y ejecución decidirá la causa conforme a lo señalado en el artículo 131 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, es decir, sentenciará inmediatamente en forma oral conforme a dicha confesión, en cuanto no sea contraria a derecho la petición del demandante, reduciendo la sentencia a un acta que elaborará el mismo día, contra la cual el demandado podrá apelar, apelación que se oirá en dos efectos, dentro de un lapso de cinco (5) días hábiles a partir de

la publicación del fallo. El tribunal superior que conozca la apelación, sólo decidirá con respecto a los motivos que le impidieron al demandado a comparecer al llamado primitivo para la audiencia preliminar, es decir, el caso fortuito o fuerza mayor que originó la incomparecencia, y si ésta resultara improcedente, proseguirá el juez entonces a decidir verificando, obviamente, que la acción no sea ilegal o que la pretensión del actor no sea contraria a derecho, como así se dejó establecido por esta Sala en sentencia de fecha 17 de febrero del año 2004. (Caso: Arnaldo Salazar Otamendi contra Publicidad Vepaco, C.A.)

2°) Si la incomparecencia del demandado surge en una de las prolongaciones de la audiencia preliminar, la admisión de los hechos por efecto de dicha incomparecencia revestirá carácter relativo, por lo tanto desvirtuable por prueba en contrario (*presunción juris tantum*), caso en el cual, el sentenciador de sustanciación, mediación y ejecución deberá incorporar al expediente las pruebas promovidas por las partes a los fines de su admisión y evacuación ante el juez de juicio (artículo 74 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo), quien es el que verificará, una vez concluido el lapso probatorio, el cumplimiento de los requisitos para que la confesión ficta sea declarada y tenga eficacia legal, es decir, verificará si la petición del demandante no es contraria a derecho y que el demandado no haya probado nada que le favorezca. En este caso, de haberse cumplido los requisitos precedentemente expuestos, la confesión ficta será declarada y el juez decidirá la causa conforme a dicha confesión. En este caso, si la sentencia de juicio es apelada, el tribunal superior que resulte competente decidirá en capítulo previo (si así fuese alegado por el demandado en la audiencia de apelación) las circunstancias que le impidieron comparecer a la prolongación de la audiencia preliminar, es decir, el caso fortuito o fuerza mayor que originó la incomparecencia del demandado y si esto resultare improcedente, proseguirá el juez entonces a decidir la causa teniendo en consideración los requisitos impretermitibles para que pueda declararse la confesión ficta (que no sea contraria a derecho la petición del demandante o ilegal la acción propuesta y que el demandado nada haya probado).

Evidentemente, en ambos casos si el juez superior competente considera que el demandado logró demostrar que la causa de la incomparecencia a la audiencia preliminar (sea a la primera o las prolongaciones) se debió a un caso fortuito o a una fuerza mayor, deberá reponer la causa al estado que se celebre la audiencia preliminar de conciliación y mediación. Así se establece.

Establecido lo anterior, y visto que en el presente caso objeto de análisis por parte de esta Sala de Casación Social las partes en el llamado a la primera oportunidad para que se efectuara la audiencia preliminar promovieron las pruebas que creyeron pertinentes, pasa al estudio exhaustivo de las mismas, con el fin de verificar si la presunción de los hechos alegados por el actor en su libelo como consecuencia de la incomparecencia de la parte demandada a la séptima prolongación de la audiencia preliminar, fueron o no desvirtuados por el demandado, quien es en definitiva el que tiene la carga de esa prueba contraria. [348]

De la decisión parcialmente transcrita puede apreciarse claramente, lo siguiente:

La no comparecencia a la audiencia preliminar primitiva o inicial, conforme a lo previsto en el artículo 131 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, producirá una presunción indesvirtuable o *iure et de iure* en cuanto a la admisión de los hechos constitutivos, extintivos, impeditivos o invalidativos, incluso modificativos que haya expuesto el accionante como fundamento de su pretensión, caso en el cual, el juez de Sustanciación, Mediación y Ejecución deberá dictar inmediatamente la decisión respectiva ateniéndose a la confesión, siempre que la reclamación no sea contraria derecho, situación esta que como hemos venido señalando es lesiva del derecho constitucional de la defensa –artículo 49 constitucional- al juzgarse a la persona sin antes ser oída, pues el llamado a la audiencia preliminar es precisamente para realizar actos ubicados dentro de los medios alternativos de solución de conflictos, donde todavía no se ha producido la contestación ni se ha trabado la *litis*, lo cual se traduce en vulneración al elemental derecho constitucional procesal de la defensa, que nos lleva a sugerir que en futuras reformas la audiencia preliminar debe realizarse con posterioridad a la contestación de la demanda. También nos parece exagerado que siendo el demandado llamado a una audiencia preliminar para conciliar, donde no se ha producido hasta el momento la contestación de la demanda, el legislador haya penado su incomparecencia con una confesión indesvirtuable, donde la única defensa del demandado se reduce a que la pretensión no sea contraria a derecho o a la existencia de una improponibilidad objetiva de la acción –carencia de acción- a propósito que no habrá mas oportunidad de producir pruebas ya que en ese mismo acto se dictará la sentencia, siendo en todo caso mas conveniente y justo el haber revestido la confesión producto de la incomparecencia a la audiencia preliminar, de una presunción *iuris tantum* sobre la admisión de los hechos en que se basa la pretensión del actor, incluso de un indicio probatorio producido por la conducta

[348] Sentencia de la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia, N° 1300, de fecha 15 de Octubre de 2.004, con ponencia del magistrado Alfonso VALVUENA CORDERO, N° 1300, expediente N° 04-905. Esta decisión fue ratificado en sentencia N° 1776, de fecha 06 de diciembre de 200, con ponencia del magistrado Omar Alfredo MORA DIAZ.

omisiva del demandada –*infitiatio*: referido a la negación genérica de los hechos aducidos en contrario- capaz de ser desvirtuada por prueba en contrario, que recaería en la persona del contumaz.

Consecuencia de lo anterior es que la no comparecencia del demandado a la audiencia preliminar, producirá una confesión indesvirtuable y no una presunción *iure et de iure* en el sentido previsto en el artículo 119 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, pues como la ha enseñado la doctrina, no puede calificarse de presunción algo indesvirtuable o que no admite prueba en contrario, de manera que en todo caso se estará ante la presencia de un hecho cierto producto de un efecto procesal y que debe tener presente el operador de justicia al momento de sentenciar, no estándose en presencia de una presunción.

La sentencia en comento se refiere también al criterio que se sustentara en la dictada en fecha 17 de febrero del año 2004, en el caso Arnaldo Salazar Otamendi contra Publicidad Vepaco, C.A. con ponencia del Magistrado Omar MORA DIAZ, donde se estableció que la incomparecencia a las prolongaciones de la audiencia preliminar produciría los mismos efectos que la incomparecencia a la audiencia preliminar primitiva, señalando […] *Por ende, en el escenario específico de la contumacia del demandado a la prolongación de la audiencia preliminar, surten idénticas consecuencias jurídicas a la de la incomparecencia al inicio o apertura de la misma.”*. Pero resulta errado o equivocado el señalamiento de la Sala Social en cuanto a la promoción de las pruebas, cuando expresa […] *De otra parte, el propio sistema procesal confina la prueba en contrario a los fines de desvirtuar la confesión de admisión de los hechos, toda vez que el demandante con su contumacia, vulnera el principio preclusivo de los actos procesales, ello, al no presentar tempestivamente los medios probatorios pertinentes para acreditar sus respectivas afirmaciones de hecho (apertura de la audiencia preliminar -Artículo 73 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo-) o en todo caso, para ofrecer la contraprueba de los hechos alegatos del actor.”,* ya que la audiencia preliminar es una y única, pudiendo prolongarse luego de la primitiva, pero siempre entendido que se trata de una sola audiencia, lo que se traduce en que es perfectamente viable la proposición de pruebas en sus prolongaciones, pues la limitación de proponer las pruebas en la audiencia primitiva es una aseveración errada de la Sala, no estando previsto en la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, que por demás no dividió la audiencia preliminar en la primitiva y sus prolongaciones, vulnerando el derecho a proponer pruebas en el proceso como lo hemos estudiado en otro momento, así como en general al deido proceso.

Ante la incomparecencia a la audiencia preliminar la única posibilidad de éxito que podrá tener el demandado, es que la pretensión no sea contraria a derecho, pues la admisión o confesión indesvirtuable solo recae sobre la cuestión de hecho, no sobre la cuestión de derecho. Pero la acción ejercida puede estar prohibida por la Ley –carencia de acción- lo cual constituye un presupuesto procesal que puede ser declarado oficiosamente; también la pretensión contraria al ordenamiento legal, constituye un presupuesto procesal declarable oficiosamente por el operador de justicia, este último, referido a que

la petición o pretensión del accionante sea contraria a la consecuencia jurídica prevista en la norma jurídica que aplicará el juzgador para el caso –premisa mayor- y que en definitiva resolverá el debate judicial, por lo que la falta de identificación de la pretensión con la consecuencia de la norma, no puede ser subsanado por el juzgador ni si quiera a través del contenido del parágrafo único del artículo 6° de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, ya que la facultad de acordar el pago de conceptos no pedidos o diferentes a los pedidos o el pago de sumas mayores a las reclamadas, no encuadra en la pretensión contraria a derecho y se requiere que los mismos hayan sido discutidos en el proceso y debidamente probados, esto último que conlleva a la posibilidad de promoción y evacuación de pruebas, lo cual no sucede en la audiencia preliminar pues ante la incomparecencia, bien a la audiencia preliminar primitiva o sus prolongaciones, en el caso de que las partes hubieran promovido pruebas, las mismas no son materializables o evacuables por el juez de Sustanciación, Mediación y Ejecución y pensar pasar el expediente al juez de Juicio para la admisión de las pruebas y su evacuación ante la incomparecencia a la audiencia preliminar, siempre que se hayan aportado pruebas, no encuentra regulación en la Ley, lo que conllevaría a una vulneración del debido proceso legal.

Consecuencia de lo anterior, es que resulta errada la afirmación de la Sala cuando señala […] *De tal manera, que si ante la incomparecencia del demandado a la apertura de la audiencia preliminar, la ley tiene por admitidos los hechos alegados por el actor en su demanda y, por tanto, debe decidirse conforme con dicha presunción; el demandado tendrá la posibilidad de extinguir tales efectos procesales, si por ejemplo, certifica el pago de lo condenado; es decir, desvela la pretensión como contraria a derecho"*, pues la pretensión contraria a derecho no se produce cuando en el proceso se ha demostrado o "certificado" el pago, esto no es un caso de pretensión contraria a derecho, que se insiste, se produce cuando la consecuencia jurídica contenida en la norma jurídica que se aplica al caso, no se identifica con el petitorio del accionante, lo que se traduce en que la Sala confunde lo que es una pretensión contraria a derecho con la prueba del pago, que en definitiva es la prueba de un hecho extintivo que hace improcedente la pretensión por no ser cierto el hecho en que se fundamenta la demanda –la deuda- mas no por ser una demanda contraria a derecho, pues en este caso puede existir concordancia entre la consecuencia dela norma jurídica y la consecuencia prevista en la Ley.

La incomparecencia a las prolongaciones de la audiencia preliminar, lo que involucra que existió anteriormente una audiencia primitiva donde se aportaron o promovieron pruebas, produce una presunción desvirtuable o *iuris tamtun* sobre los hechos en que se fundamanta la pretensión, quedando al demandado la posibilidad de desvirtuar la admisión tácita de los hechos de la demandada, mediante prueba en contrario, por lo que y como lo hemos expresado, se produce un indicio endoprocesal producto de la incomparecencia del demandado a la audiencia preliminar –conducta obstruccionista- que admite prueba en contrario, cuya carga corresponde al demandado. Pero también observamos que

bajo esta premisa la Sala Social señaló […] *Bajo este mapa referencial, el Juez de Sustanciación, Mediación y Ejecución tiene la inquebrantable misión de formarse convicción con relación a la legalidad de la acción y consecuencialmente la pertinencia jurídica de la pretensión, aprovechándose del cúmulo probatorio incorporado a juicio. Asimismo, la parte demandada tiene la prerrogativa de apoyarse de los medios probatorios promovidos, siempre y cuando como se aseverara, pretenda coartar la acción por ilegal o la pretensión por su contrariedad con el derecho."*[349]. Esto definitivamente resulta errado, pues la pretensión contraria a derecho o la demanda contraria a la Ley –carencia de acción- no guarda relación con el material probatorio, ya que recordamos que la Sala Social confunde la pretensión contraria a derecho con la prueba que hace improcedente la reclamación, todo ello a propósito que mal podría el juez de Sustanciación, Mediación y Ejecución formarse un criterio de convicción –según la Sala Social de la legalidad de la acción y pertinencia de la pretensión, cuando realmente se refiere a la procedencia de la reclamación partiendo de las pruebas de autos- partiendo o aprovechando el material probatorio aportado a la audiencia preliminar primitiva, cuando la incomparecencia se produce en sus prolongaciones, cuando este operador de justicia no tiene facultad de apreciar o valorar pruebas, incluso no tiene facultad para admitirlas y evacuarlas, ya que su tarea en la Ley es otro –mediar- por lo que insistamos en que mal puede haber convicción del juez de sustanciación producto del análisis de pruebas que solo han sido promovidas, no han sido admitidas ni evacuadas, pues incluso la misma prueba instrumental pública o privada, debe ser controvertida oralmente, controversia probatoria que se produce –según el texto de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo- en la audiencia de juicio y ante el juez de Juicio, nunca en fase preliminar y ante la presencia del juez de Sustanciación, Mediación y Ejecución, pues recoremos como hemos explicado en otro momento, que en el marco del sistema de procedimiento oral, la única prueba capaz de servir a la convicción judicial y salvo la anticipación de medios probatorios, es la formada en audiencia oral, pública y conradictoria,con inmediación del juez que debe sentenciar.

Ante la situación planteada la Sala Social estableció, que la incomparecencia a la audiencia preliminar en alguna de sus prolongaciones, ante la presencia de pruebas promovidas en la audiencia primitiva y ante la presunción *iuris tantum* o como hemos señalado indicios producto de la conducta omisiva de la parte demandada que hace tener como admitidos en forma desvirtuble los hechos en que se fundamentó la pretensión del actor, el juez de Sustanciación, Mediación y Ejecución pasará el expediente al juez de Juicio, quien admitirá y evacuará las pruebas, debiendo sentenciar pero tomando en consideración –ante la incomparecencia de la audiencia preliminar- si la presunción o como señalamos

---

[349] Sentencia de fecha 17 de febrero del año 2004 en el caso Arnaldo Salazar Otamendi contra Publicidad Vepaco, C.A. con ponencia del Magistrado Omar Mora Díaz

los indicios de la conducta procesal, no fueron desvirtuados mediante prueba en contrario, caso en el cual si la demanda no es contraria a derecho, declarará la confesión ficta del demandado.[350]

Siguiendo con el estudio de la admisión tácita de los hechos que produce la exención probatoria, encontramos que la ley perfectamente puede regular que los hechos afirmados o negados por el accionante como fundamento de su pretensión, no requieran contradicción expresa, produciendo en consecuencia un rechazo tácito, tal como sucede en materia de divorcio donde el legislador prevé que la no contestación de la demanda produce la contradicción de los hechos expuestos en la demanda; igual sucede en materia de reclamaciones patrimoniales contra la República, donde la no contestación produce un rechazo tácito de los hechos objeto de la pretensión, tal como lo regula el Decreto con Rango y Fuerza de Ley de la Procuraduría General de la República. Esto también opera por ejemplo en los procedimientos contencioso administrativo, donde la incomparecencia de la Administración Pública no conduce a una admisión de los hechos, sino que el procedimiento continuará su curso, tal como lo indica el artículo 60 de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa. En estos casos los hechos son objeto del debate probatorio por mantener su carácter de controvertidos.

Respecto al tema penal, debemos tener presente que no opera la confesión ficta o admisión tácita de los hechos, pues la falta de defensa del acusado, el guardar silencio o simplemente no rechazar los hechos en que se fundamenta la pretensión acusatoria, no produce efectos algunos en su contra, ello como consecuencia del derecho constitucional que le ampara de la presunción de inocencia, donde precisamente es al acusador a quien compete la prueba de cargo a través de un actividad probatoria mínima que sea capaz de destruir la presunción de inocencia, todo sin perjuicio –como vimos- que el acusado pueda admitir o confesar los hechos que se le imputan o acusan, siempre que dicho acto esté revestido de un mínimos de derechos que deben garantizarse, debiendo ser en forma libre y sin coacción de ninguna naturaleza, sin juramento, con asistencia letrada, conocimiento de los hechos que se le acusan o imputan, lectura de los derechos, especialmente a permanecer callado y a no declararse culpable, sumado al hecho de advertirle que este derecho de ejercitarlo no producirá consecuencias en su contra.

Ya concluyendo este punto tenemos que si los hechos afirmados o negados por alguna de las partes no es objeto de rechazo o contradicción expresa y la ley impone como efecto su aceptación tácita, producto de la conducta pasiva u omisiva de algún sujeto procesal al no contradecir los mismos, el hecho quedará eximido de prueba al quedar huérfanos de su necesario carácter "controvertido".

---

[350] Este criterio se reitera en la sentencia de la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia, N° 1307, de fecha 25 de octubre de 2.004, con ponencia del magistrado Alfonso VALVUEN CODERO, expediente N° 04-1083.

¿Pero que sucede cuando en materia civil demandado no comparece a la contestación de la demanda, adoptando una conducta omisiva rebelde o contumaz?

Si el demandado luego de haber sido citado legalmente no comparece al proceso a ejercer defensas, o las ejerce a destiempo, se habrá configurado el primero de los tres elementos que deben conjugarse para la existencia de la confesión ficta a que se refiere el artículo 362 del Código de Procedimiento Civil, como lo es la no comparecencia a dar contestación a la demanda, a la cual debe sumársele para que la figura procesal pueda consumarse en el proceso, que nada probare que le favorezca y que la petición no sea contraria a derecho.

Pero la no comparecencia del demandada a contestar la demanda o la contestación extemporánea, no produce la admisión o reconocimiento tácito de los hechos constitutivos, extintivos, impeditivos o invalidativos o modificativos afirmados o negados por el actor en su pretensión, por el contrario, dichos hechos siguen manteniendo su carácter de controvertidos y serán tema de la prueba, solo que como consecuencia de la contumacia o rebeldía del demandado al asumir una conducta procesal omisiva, los mismos estarán revestidos de una presunción *iuris tantum* o desvirtuable que producirá –como lo señala la doctrina vernácula- la inversión de la carga de la prueba, donde le corresponderá al demandado aportar al proceso, no la prueba de los hechos que le favorezcan, sino la prueba que desvirtúe la presunción *iuris tantum* que pesa sobre los hechos expuestos por el actor como fundamento de su pretensión.

De lo anterior se observa que la no contestación de la demanda, no produce la admisión o reconocimiento tácito de los hechos afirmados o negados como base de la pretensión, sino que produce –según la doctrina vernácula- el llamado fenómeno de la inversión de la carga de la prueba, lo que se traducen que los hechos expuestos por el actor siguen teniendo el carácter de controvertidos, solo que el accionante queda relevado de producir su prueba, ya que sobre ellos pesa una presunción de certeza que admite prueba en contrario, prueba ésta que conforme al principio del riesgo probatorio y por la contumacia del demandada, corresponderá a éste.

Pero acotamos que la carga probatoria corresponderá o gravará sobre la persona del demandado rebelde o contumaz, como consecuencia de la supuesta "inversión de la carga probatoria" lo cual resulta totalmente falso, tal como se expondrá con mayor abundancia en el tema correspondiente a este punto, pues realmente lo que se produce es una saturación de la carga probatoria de la parte accionante, que asume para su acervo una fuente probatoria que no contaba para el momento de ejercitar su pretensión, como lo es el indicio producido y obtenida de la conducta omisiva de la parte demandada al no producir la contestación o al producirla extemporáneamente –*infitiatio*- todo lo cual hace distribuir la carga

probatoria correspondiéndole al demandado la prueba que desvirtúe tal indicio endoprocesal, no en tratándose en consecuencia de una inversión del riesgo probatorio sino de una distribución.

Aclarado lo anterior, nuevamente surge otra interrogante a saber **¿Cómo puede el demandado rebelde o contumaz que no dio contestación a la demanda, aportar la prueba de hechos que le favorecen, pero que no fueron excepcionados por él?**

Para responder esta interrogante previamente debemos observar que cada parte debe cumplir con la carga de la alegación, ya que éstas solo podrán aportar al proceso los medios probatorios que tienden a producir las fuentes referidas a aquellos hechos que hayan sido alegados y debatidos en el proceso, estando prohibido en el proceso hacer la prueba de aquellos hechos que no han sido expuestos por las partes en la fase alegatoria, no pudiendo el juez oficiosamente pronunciarse sobre hechos que hayan sido demostrados en el proceso, pero no argumentados o alegados -recordemos que el juez cumple una función de verificación de los hechos y no de averiguación de los mismos- pues en este caso incurriría en el vicio de incongruencia positiva, lesionando el contenido general del artículo 26 constitucional, sin perjuicio de las diversas normas legales que regulan este elemento como presupuesto de la sentencia y vicio de la misma.

En este sentido **¿cómo podría por ejemplo el demandado que no a contestado la demanda, que no excepcionó hecho alguno, traer al proceso la prueba del pago de la cantidad dineraria reclamada por el accionante en su escrito libelar**?, **¿Cómo se le permitiría al demandado realizarla prueba de un hecho extintivo que no ha sido excepcionado en el proceso, ya que recuérdese que solo los hechos alegados y debatidos en el proceso, serán tema de prueba, ello como consecuencia del principio de la carga de la alegación?**

Debe señalar que la redacción del artículo 362 del Código de Procedimiento Civil, no es del todo feliz, pues el demandado no puede aportar al proceso pruebas que tiendan a demostrar hechos que le favorezcan, cuando precisamente no ha cumplido con la carga de la alegación y aceptar esta circunstancia sería lesionar el principio de congruencia que tiene sentido y rango constitucional –como indicamos- lo cual llevaría al juez a incurrir eventualmente en un vicio de la sentencia, por lo que afirmamos que la verdadera interpretación y sentido de la norma que consagra la confesión ficta, no es la de permitir al demandado aportar la prueba de hechos constitutivos, extintivos, invalidativos o modificativos que tiendan a enervar los efectos de los hechos afirmados o negados en la pretensión, sobre los cuales pesa una presunción de certeza como consecuencia de su inasistencia a la contestación de la demanda, ya que dichos hechos no fueron alegados oportunamente por el pretensionado, siendo en consecuencia imposible su prueba; por el contrario, el sentido que debe dársele a la norma es que existiendo sobre los hechos afirmados o negados por el actor como fundamento de su demanda, una presunción desvirtuable

o *iuris tantum*, al demandado se le permite aportar la prueba que desvirtúe tal presunción, lo que no significa permitirle aportar la prueba de hechos no traídos al proceso.

Pero considerando que no se trata realmente de una inversión de la carga de prueba sino de una distribución por efecto del indicio endoprocesal omisivo, en el proceso se permite la prueba en contrario de tal indicio, que recaerá no sobre los hechos por los cuales no se contestó la demanda o se contestó a destiempo, como sucede en materia laboral ante la incomparecencia a la audiencia preliminar, sino sobre las afirmaciones y negaciones mismas de la pretensión contenida en la demanda.

Resumiendo tenemos que la inasistencia del demandado a la contestación de la demanda o la presentación de la misma en forma extemporánea, trae como consecuencia que los hechos afirmados o negados en la demanda, queden amparados por una presunción desvirtuable y que produce la "inversión de la carga de la prueba", más correctamente su saturación por el indicio endoprocesal derivado de la conducta omisiva, donde el acionante -como consecuencia de la presunción *iuris tantum*- queda relevado de probar sus extremos de hecho, estando gravado el demandado con la carga de aportar a los autos las pruebas que tiendan a desvirtuar la presunción existente en autos o el indicio producto de la conducta omisiva.

4.3. Hechos presumidos por la ley.

Las presunciones conforme a lo dispuesto en el artículo 1.394 del Código Civil, son las consecuencias que la Ley –presunciones legales o de derecho- o el juez –presunciones judiciales o de hecho- sacan de un hecho conocido para establecer un hecho desconocido, concepto éste que se ubica como uno de los elementos de la prueba indiciaria o por indicios entendida como nos dice DEVIS ECHANDÍA, como todo hecho conocido o probado en el proceso, del cual se induce otro hecho desconocido, mediante un argumento probatorio que de aquel se obtiene, en virtud de una operación lógica-crítica –presunción- basada en normas generales de la experiencia o en los principios científicos o técnicos.[351] En los indicios se parte de un hecho cierto, acreditado o demostrado en el proceso, como lo es el hecho indicador, el cual contiene un argumento de prueba que induce a través de un razonamiento lógicos y crítico como lo es la presunción, basada en normas generales de la experiencia o en los principios científicos o técnicos, a otro hecho desconocido en el proceso, denominado hecho indicado, al cual se encuentra unido por una relación de causalidad. De lo dicho pueden precisarse los elementos que conforman la prueba por indicios a saber:

---

[351] Hernando DEVIS ECHANDIA. Teoría General de la Prueba Judicial. T. II. p. 601.

a. Hecho indicador, indicante o base, que es aquel hecho cierto, acreditado o demostrado en el proceso.
b. Hecho indicado o desconocido, es aquel hecho que quiere acreditarse y que se induce del argumento de prueba que contiene el hecho demostrado o acreditado en el proceso –hecho indicador- mediante la operación lógica y crítica.
c. Relación de causalidad, que es la vinculación existente entre el hecho conocido y el desconocido, a partir de la cual puede inferirse del primero por vía lógica y crítica el hecho desconocido.

Los indicios constituyen la prueba crítica o lógica e indirecta por excelencia, lo cual por sí sola puede crear la convicción en el juzgador tal como lo expresan autores como Hernando DEVIS ECHANDÍA en su "Teoría General de la Prueba Judicial", Jairo PARRA QUIJANO en su "Manual de Derecho Probatorio", Antonio ROCHA ALVIRA en su obra "De la Prueba en Derecho", Francisco CARNELUTTI, en su "Teoría General del Derecho", Nicolás Framarino DE MALATESTA en su "Lógica de las Pruebas en Materia Criminal", Jaime GUASP DELGADO, en su "Derecho Procesal Civil", Lluís MUÑOZ SABATÉ, en su "Curso de Introducción a la Probática", entre otros.

Este último autor nos dice que las presunciones legales son una prueba legal que lleva incorporado ya en la propia norma el indicio y la indeferencia, a diferencia de la presunción judiciales, cuya elaboración surge dentro del proceso pudiendo pertenecer su creación ya a las partes, ya al judicante, señalando que la estructura de la presunción se compone de los siguientes elementos: a. Un línea basal constituida por un indicio o una serie de indicios –el *probatum*-; b. Un haz inferencial basado en la experiencia –vulgar o científica- y en la lógica cuyas raíces parten de cada indicio o convergen hacia una conclusión expresada en términos de evidencia –el *probando*-, en tratándose de relaciones de causalidad en las cuales, o bien el indicio puede ser la causa del hecho a probar, o bien el efecto, o bien la circunstancia necesaria para que el hecho se produzca. Respecto al indicio, nos dice MUÑOZ SABATÉ, que desde una perspectiva historicista es la huella que estampa el hecho histórico y circunstancial, más desde una perspectiva jurídica, es el hecho base en el cual se asienta una presunción, esto es, el hecho que permite presumir otro hecho, visiones que tomadas tal como vienen expuestas permitirán hablar de una potencia "sindrómica" del indicios que es la capacidad que tiene para determinar generalmente acumulado a otros una presunción, a veces suficiente por sí sola para rendir plena prueba del hecho, y una potencia "sintómica" que es la capacidad indicativa que le resta al indicio cuando no puede por sí solo o acomodado con otros determinar una presunción, sirviendo en este caso para corroborar pruebas directas.[352]

---

[352] Lluís MUÑOZ SABATÉ. Ob. cit. pp. 123 y 143.

En nuestro sistema para la apreciación de la prueba de indicios por parte del operador de justicia, el artículo 510 del Código de Procedimiento Civil señala que los mismos, de ser contingentes, deben ser **graves**, es decir, que produzcan certeza sobre el hecho que se investigada, que demuestre el hecho investigado; **concurrentes o concordantes**, esto es, que armónicamente se compenetren que no se contradigan -que confluyan-; y **convergentes,** esto es, que en suma orienten a un mismo resultado.

El indicio como medio de prueba, por sí solo no es capaz demostrar un hecho controvertido, por el contrario se requiere de la aplicación de una regla de juicio, de una operación lógica-crítica fundada en reglas de la lógica y de la experiencia, para poder inducir un hecho desconocido, que no es otra cosa que la presunción, considerada como el razonamiento lógico que a partir de uno o mas hecho probados, lleva al juez a la certeza del hecho investigado, pudiendo ser la misma legal o judicial según provenga de la ley –razonamiento lógico que hace el operador legislativo para inducir el hecho desconocido partiendo del conocido- o judicial u *hominis* –razonamiento lógico que hace el operador de justicia-. De lo dicho debe inferirse que las presunciones son juicios lógicos del legislador –presunción legal- o del operador de justicia –presunciones *hominis*- en virtud de los cuales se consideran como ciertos o probables, los hechos controvertidos en el proceso, con fundamento a las máximas de experiencia, que le indican como es el modo normal como suceden las cosas, siendo que cuando se trata de presunciones judiciales u *hominis*, las mismas son principios lógicos basados en las reglas de la experiencia, que permiten una correcta valoración de las pruebas, siendo en consecuencia reglas para el criterio del juzgador.

No obstante mucho se ha discutido en la doctrina en cuanto a si las presunciones constituyen o no medios probatorios y al efecto, algunos autores como GUASP DELGADO, DE MALATESTA, GIANTURCO y GORPHE, entre otros, le dan el carácter de prueba a las presunciones, con la observación que éstos autores confunden las presunciones con los indicios como expresa DEVIS ECHANDÍA.[353] PARRA QUIJANO y ROCHA ALVIRA, entre otros, le otorgan a las presunciones legales una función probatoria y extra-procesal, más no le otorgan tal carácter a las presunciones judiciales, las cuales constituyen meras reglas de valoración de pruebas, por lo que las presunciones son reglas establecidas por el operador de justicia para la valoración de las pruebas, constituyendo el razonamiento lógico-crítico que hace el decisor, partiendo de uno o mas hechos probados o acreditados en autos –indicios- para llegar a la certeza del hecho desconocido o investigado.

Pero las presunciones pueden ser absolutas o *iuris et de iure*, que no admiten prueba en contrario y relativas o *iuris tantum*, donde se permite la prueba en contrario en cabeza de quien pretenda desvirtuar el hecho presumido, por lo que quien se ampare en un hecho presumido por la Ley, deberá demostrar el

---

[353] Hernando DEVIS ECHANDÍA. Ob. cit. T.II. pp. 607 y ss.

hecho concreto que sirve de sustento de la norma contentiva del hecho presumido. En cuanto a las presunciones *hominis* o de hombre, éstas podrán ser utilizadas por el juzgador para la valoración de las pruebas de testigos, expertos o de las declaraciones de las partes, para medir la verosimilitud de los hechos, la certeza de los mismos, entre otras circunstancias.

Dicho esto planteamos la siguiente interrogante **¿están las presunciones eximidas de prueba?**

Para responder digamos que aquellos hechos amparos por una presunción legal, no forman parte del tema de la prueba, ya que no solo se declara inútil la prueba contraria sino también la favorable, tal como lo norma el artículo 1.397 del Código Civil que expresa […] *La presunción legal dispensa de toda prueba a quien la tiene en su favor*." Indiquemos que nuestra legislación incurre en el error de confundir la presunción con el indicio, siendo que en todo caso la presunción es un razonamiento lógico-crítica que se hace partiendo de un hecho conocido y demostrado en el proceso –hecho indicador- para establecer otro desconocido –hecho indicado- y en materia de tema de la prueba judicial, no constituye tema de prueba el hecho desconocido o indicado que se deduce del razonamiento lógico-crítico –presunción- a partir del hecho demostrado y conocido, lo cual se traduce que en el proceso sí se requiere demostrar el hecho base o indicador del cual se inferirá o deducirá el desconocido o indicado, pues solo demostrando el hecho base que contiene la presunción o mas bien el indicio, es que mediante el razonamiento lógico podrá activarse y tenerse como deducido o presumido el hecho desconocido, el cual no obstante admitirá prueba en contrario en los casos que lo permita la ley.

En consecuencia de lo dicho tenemos que la presunción –relación causal entre el hecho conocido y desconocido partiendo del razonamiento lógico-crítico- tampoco es tema de la prueba judicial. A modo de ejemplo y siguiendo a BELLO LOZANO MÁRQUEZ, tenemos el artículo 555 del Código Civil, conforme al cual […] *Toda construcción, siembra o plantación u otras obras sobre o debajo del suelo, se presume hecha por el propietario a sus expensas, y que le pertenece, mientras no conste lo contrario, sin perjuicio de los derechos legítimamente constituidos por los terceros*.", de donde puede observarse que bastará al propietario del suelo demostrar la existencia de una siembra, plantación u otras obras sobre o debajo del suelo, así como la propiedad –hecho base o indicador- para que a través de un razonamiento lógico-crítico -presunción- puede el juez deducir el hecho desconocido o indicado como lo es que las mismas pertenecen al propietario del suelo y fueron realizadas a sus propias expensas.

Pero siendo que la presunción -*iuris tantum*- admite ser desvirtuada, pues de lo contrario, si la presunción no admite contraprueba -presunción *iuris et de iure*- no esteremos frente a una presunción, sino frente a un hecho que la ley acepta como cierto, incuestionable e irrevatible, la prueba que tienda a desvirtuar la presunción legal o mejor dicho, la infirmación del hecho indicado, corresponde a aquel sujeto procesal que señale lo contrario a lo presumido por la ley, ya que precisamente la presunción

desvirtuable, produce el fenómeno de la saturación de la prueba o satisfacción de la carga de la prueba que corresponde a la parte que alegó el hecho amparado por la presunción legal, quedando de esta manera completada su carga y correspondiéndole a la otra parte la aportación de la prueba en contrario del hecho presumido, indicado o tenido como cierto a partir del razonamiento lógico-crítico, todo lo que en definitiva nos permite afirmar que la presunción no se presenta como un medio de prueba, tampoco como un hecho que deba acreditarse en el proceso, se trata de una regla que exime la prueba, que produce efectos en la carga probatoria, partiendo de su carácter como razonamiento lógico y crítico legal o judicial en los términos que hemos indicado.

En la doctrina por ejemplo podemos citar al maestro español José María ASENCIO MELLADO quien nos dice que en materia de presunciones se necesita probar el hecho presumido o consecuencia de la presunción legal, lo que no significa que no haya de probarse los otros extremos de la misma, concretamente, los indicios que la ley establece como elementos integrantes de la presunción; también indica que la no necesidad de la prueba no excluye la posibi8lidad de la prueba en contrario, esto es, demostrar ciertos hechos que impedirán el juego de la misma presunción.[354]

4.4. Hechos evidentes.

Los mismos pueden definirse como aquellos propios del conocimiento humano y del dominio de la generalidad de los ciudadanos, por su conocimiento público e indiscutible, siendo éstos los aspectos que lo diferencian del hecho notorio que se estudiará posteriormente, que parte del conocimiento no de la generalidad, sino de la colectividad de capacidad intelectual media, de manera que al ser los hechos evidentes del conocimiento propio del ser humano y del dominio de la generalidad, circunstancias éstas que no son ajenas al juez, los mismo se encuentra eximidos o exentos de la prueba judicial, tal como sucede en los casos que se pretenda demostrar en el proceso conforme a la ley de gravedad, todo cuerpo que sube debe bajar o que el agua hierve a los cien (100°) grados, que el año tiene cincuenta y dos (52) domingos, pagaderos como días feriados.

4.5. Hechos indefinidos, imposibles o inverosímiles.

Tampoco entran en el campo del tema de la prueba los denominados hechos indefinitivos, imposibles o inverosímiles, que no tienen ubicación ni en el tiempo ni en el espacio, lo cual se traduce en una indeterminación que impide su demostración, como es el caso de tratar de demostrar en un proceso la

[354] José María ASENCIO MELLADO. Ob. cit. Parte Primera. P. 154.

fe, la existencia de Dios, el amor, el alma, el espíritu, la vida, el sentimiento, la inteligencia, entre otros, de manera que si bien la fe, el amor y la vida por ejemplo, son hechos que no pueden demostrarse en un proceso, ello no significa que no se puedan demostrarse los hechos como se manifiestan o exteriorizan los mismos, o los efectos que producen dichos hechos, pero el hecho en sí, intangible e indeterminado es imposible de ser demostrado en la secuela de una contienda judicial.

La prueba solo recae sobre hechos concretos y tangibles que puedan ser precisables en el tiempo y en el espacio, lo que trae como consecuencia que aquellos hechos indeterminados, intangibles, carentes de ubicación en el tiempo y en el espacio, como son los hechos indefinidos o inverosímiles, se encuentran exentos de la prueba judicial, dada su imposibilidad de ser demostrados.

4.6. Hechos negativos.

Siguiendo las enseñanzas de nuestros antecesores BELLO LOZANO y BELLO LOZANO MÁRQUEZ, durante mucho tiempo se suscitó entre los probacionistas la discusión acerca de si los hechos negativos eran o no tema de prueba, ya que en un principio se mantuvo que los mismos no lo eran argumentándose al efecto, que lo inexistente jamás podría ser demostrado, incluso sobre las tesis construidas en materia de carga de la prueba, se llegó a expresar que quien afirmara los hechos tenía la carga de la prueba, no así quien los negara, tesis esta que fuera rechazada como consecuencia de existir afirmaciones indefinidas que no eran tema de la prueba y negaciones definidas que sí lo eran.

Este errático criterio fue el producto de una mala interpretación de la doctrina romana, según la cual *affirmanti non neganti incumbit probatio* -la carga de la prueba corresponde a quien afirma, no a quien niega- *negativa non sunt probanda* -las negaciones no se prueba- y *ei incumbit probatio quit dicit non quit negat y per rerum naturam factum negantis probatio nulla est*, que como expresa DEVIS ECHANDÍA,[355] se refiere al demandado que se opone a la demanda limitándose a negar los hechos, lo cual conllevó a fijar el equivocado principio doctrinario que ha sido superada en el Derecho procesal moderno, donde se afirma que lo negativo no solo puede ser probado, sino que en muchos de los casos, la ley exige como supuesta de hecho de la norma jurídica, la prueba de un hecho de naturaleza negativa. Y es que no se trate que las negaciones están eximidas de prueba, pues frecuentemente son presupuestos de las normas jurídicas que consagran consecuencias buscadas por las partes, como por ejemplo que el órgano jurisdiccional obligue con la sentencia parte demandada a cumplir con la obligación como consecuencia de una pretensión basada en el hecho negativo como la falta de pago, el incumplimiento de una obligación contractual, de una obligación de hacer, entre otros, donde la especialidad –insistimos- no es la no prueba del hecho,

[355] Hernando DEVIS ECHANDÍA. Ob. cit. T. I. pp. 206 y ss.

sino la persona sobre quien recaerá el mismo, pues y como explicaremos más adelante, la parte que alegue como fundamento de su pretensión o excepción un hecho negativo, por aplicación de reglas de facilidad probatoria no tiene que demostrarlo, correspondiéndole la carga a la parte contraria que afirme el hecho positivo en contrario, al considerarse más fácil la demostración de lo positivo.

Siguiendo con las negaciones tenemos que estas pueden adoptar varias formas a saber:

a. **Negaciones sustanciales o absolutas**: Que son aquellas que tienen su fundamento en la nada y no implican en consecuencia, ninguna afirmación opuesta, indirecta o implícita.
b. **Negaciones formales o aparentes**: Que son aquellas que en realidad contienen una afirmación hecha en forma negativa, que revisten carácter definido, puesto que en definitiva, son afirmaciones contrarias, sean definidas o indefinidas.

Como ejemplos de las primeras negaciones encontramos que en un proceso se alegue, que el demandado nunca ha ido a Paris, que el actor nunca ha tenido propiedad alguna, que el demandado nunca haya transitado por un sector determinado. Estas negaciones se caracterizan por ser absolutas, por no implicar una afirmación positiva en contrario, ello aunado al hecho de no estar determinadas ni en el tiempo ni en el espacio; por su parte, ejemplos de negaciones formales o aparentes, podrían ser que en un proceso fuera alegado que el demandado en fecha 21 de abril de 2000, no estuvo en Paris, negación ésta que implica una afirmación, ya que si en la fecha señalada no estuvo en Paris, es porque estuvo en otra parte, o que el demandado señale que no es propietario del inmueble que se identifica, negación esta que implica que si no es propietario del inmueble identificado, es de otros o de ninguno. Estas negaciones, conllevan o implican una afirmación hecha en forma negativa, que encuentra ubicación en el tiempo y en el espacio.

Debe precisarse que las negaciones no son otra cosa que afirmaciones hechas en forma negativa, pero en cuando a éstas –negaciones- como tema de la prueba judicial, encontramos que solo las de carácter sustancial o absolutas se encuentran eximidas de pruebas, no así las negaciones formales o aparentes, las cuales pueden demostrarse a través del hecho positivo en contrario, cuya carga probatoria –como indicamos- corresponderá a quien lo alegue y favorezca la consecuencia jurídica de la norma que se activará al subsumir el hecho negativo que le sirve de presupuesto; se trata de reglas de facilidad probatoria basadas en el carácter negativo del hecho cuya carga queda en cabeza no de la parte que se ampare, alegue o excepcione el hecho negativo, sino a la otra parte que pretende desvirtuar la negación, mediante –se insiste- la aportación de la prueba positiva en contrario que desvirtué la negación, ello como consecuencia de la política legislativa de cada país que considere que a dicha parte le haga es fácil producir la prueba en contrario.

También las negaciones pueden subdividirse de la siguiente manera:

a. **Negaciones de derecho**: Son aquellas que se remiten a la titularidad de un derecho o a las condiciones requeridas por la Ley para su existencia o para la validez de un acto jurídico, o bien a la calificación jurídica de un acto, por ejemplo que se alegue en un proceso que el contrato no es de arrendamiento sino de comodato, o que en el contrato no hubo consentimiento, lo que equivale a decir que hubo violencia, dolo o error.
b. **Negaciones de hecho**: Son aquellas que se refieren a un hecho contrario, ya sea concreto o indeterminado, por ejemplo que se señale en un proceso que una persona no está muerta, lo que conlleva a que esté viva, o que en fecha 25 de abril de 2000, no estuvo en Paris, lo que quiere decir que se estuvo en otro lado.
c. **Negaciones de Cualidad**: Son aquellas que tienden modificar la naturaleza o cualidad de un hecho, cosa o persona, por ejemplo que se señale que una persona no es negra, lo que quiera decir que es blanca, o que el material utilizado en una obra no es tal sino cual.

Todas estas negaciones de carácter formal o aparente que tienen ubicación en el tiempo y en el espacio, siendo afirmaciones que realizadas en forma negativa son tema de la prueba judicial con la especialidad referida a la carga de su prueba.

Por su parte, las negaciones de hecho pueden clasifican en:

a. **Definidas**: Son aquellas que se refiere a un hecho concreto que pueden ser determinadas por circunstancias de tiempo, modo y espacio, pudiendo ser demostradas mediante la prueba de un hecho positivo en contrario.
b. **Indefinidas**: Son aquellas donde la proposición no envuelve o no se refiere a una afirmación concreta delimitada en circunstancias de tiempo, modo o espacio.

Las negaciones indefinidas que no tienen ubicación de tiempo, modo o espacio, no son tema de prueba, dada su imposibilidad de ubicación y lógicamente de su demostración.

En definitiva podemos señalar que respecto al tema de las negaciones tema de prueba encontramos que las verdaderas negaciones son las sustanciales o absolutas, sobre las cuales no puede hacerse la prueba dada la imposibilidad de demostración y por no revestir un hecho positivo en contrario; en tanto las negaciones formales o aparentes, no son otra cosa que afirmaciones redactas en forma negativa, que sí son tema de la prueba judicial en la medida que sean presupuestos de las normas jurídicas que consagran las consecuencias que benefician y son solicitadas por las partes como fundamentos de sus pretensiones o defensas, de manera que repitamos que las únicas negaciones que no puede ser demostradas son las sustanciales o absolutas y las formales o aparentes de hecho indefinidas, las demás negaciones se demuestran probando el hecho positivo contrario cuya carga la tiene quien exponga tal hecho positivo.

4.7. Hechos impertinentes.

Pueden definirse como aquellos que no tienden a demostrar o acreditar, ni la pretensión del accionante o acusador ni la excepción del demandado, imputado o acusado, en otras palabras, ni los hechos constitutivos, extintivos, impeditivos o modificativos en que fundamenta la pretensión, ni los hechos constitutivos, extintivos, impeditivos o modificativos en que fundamenta la excepción o defensa, por lo que en consecuencia y no tratándose de la demostración de hechos controvertidos entre las partes, escapan del tema de la prueba. También la ausencia de controversia que genera la impertinencia de los hechos, puede ser el producto de la ausencia de controversia sobre el hecho, por haber sido expresa o tácitamente aceptado, reconocido o confesado por las partes –tal y como lo vimos- causando el efecto de salirse del debate probatorio y la necesidad de ser tenidos por el juez como ciertos, capaces de servir para la convicción o certeza judicial.

BELLO LOZANO al referirse a esta clase de hechos, expresa que los mismos están constituidos por aquellos hechos no alegados ni rebatidos en la fase alegatoria del proceso, por aquellos hechos ya probados en el proceso y por aquellos hechos tendientes a desvirtuar la confesión verificada por quien la propone. [356]

Los únicos hechos que son tema de la dialéctica probatoria, son aquellos que luego de producida la contestación de la demanda o la defensa contra la acusación, sin perjuicio que de no ejercitarse opera la presunción de inocencia que hace recaer la actividad probatoria en cabeza del acusador mediante una mínima actividad probatoria de cargo, mantengan el carácter de “controvertidos”, por lo que si el hecho ha quedado expresa o tácitamente admitido o reconocido por la parte demandada, la prueba que tiende a demostrar éstos hechos que se encuentran fuera del tema de la prueba, es impertinente; igualmente, si el hecho no ha sido alegado por el actor o acusador ni ha sido excepcionado por el demandado o acusado, el mismo es impertinente y consecuencialmente fuera del tema de la prueba judicial.

4.8. Hechos irrelevantes.

Los hechos irrelevantes –también llamados basura- son aquellos que no obstante a que puedan ser controvertidos, pues no han sido aceptados en forma alguna por las partes, no obstante a ser pertinentes, pues tienden a demostrar las diferentes pretensiones o excepciones –hecho controvertido- su acreditación no aporta nada a la solución de la controversia judicial debatida en el proceso, todo conforme al principio

---

[356] Humberto BELO LOZANO. Ob. cit. T. I. p. 59

"*frustra probatur quod probatum non relevat*" y en aplicación del principio de economía procesal para que su prueba no conduzca a un desgaste de las actividades de las partes y especialmente del juez.

Estos hechos que aún siendo probados no aportan nada a la solución del conflicto judicial, no aportan ningún elemento de juicio que sirva al decisor para emitir su fallo, se encuentran eximidos de prueba, tal como sería el caso de pretender demostrarse en un proceso de divorcio, que el día que el cónyuge demandado agredió física y verbalmente al cónyuge accionante, este se encontraba vestido con un traje azul, zapatos negros, camisa blanca y corbata roja. Luego, en el presente caso, éstos hechos aún siendo debatidos en el proceso, aún incorporando a los autos su prueba, nada aportan a la problemática que se discute judicialmente, no siendo en consecuencia tema de la prueba judicial.

4.9. Hechos notorios.

CALAMANDREI partiendo del principio "*notoria non egent probatione*" sostiene que el hecho notorio es definido como aquel hecho que es del conocimiento del conglomerado social de capacidad intelectual media, es decir, aquellos hechos conocidos por la generalidad de los ciudadanos en el tiempo y lugar en que ocurre la decisión. Son generalmente hechos conocidos e indiscutidos que producen en la conciencia del juez una certeza moral racionalmente superior a la que nace de la prueba. [357]

COUTURE los define como aquellos que entran naturalmente en el conocimiento, en la cultura o en la información normal de los individuos, en relación a un lugar o en el momento determinado en que ocurre la decisión judicial. [358]

CARNELUTTI al hablar de hechos notorios expresa que son aquellos que todo hombre de media cultura tiene, no tanto por la posibilidad como por el estímulo, de conocer que entran en la experiencia común. Que la notoriedad consiste en la certeza del juez compartida por una generalidad de personas o adquirida de determinados modos, es decir, mediante una certeza calificada. [359]

ASENCIO MELLADO define el hecho notorio como aquel eximido o que no necesita prueba por considerarse que es públicamente conocido por todos aquellos que forman parte de una sociedad determinada en un momento dado, no tratándose de hechos que conozca el juez en su ciencia privada, sino de aquellos que sean pública y generalmente conocidos.[360]

[357] Piero CALAMANDREI. Estudios Sobre Derecho Procesal Civil. Traducción de Santiago Sentís Melendo. Editorial Bibliográfica Argentina. Buenos Aires, 1945. pp.183 y ss.
[358] Eduardo J. COUTURE. Ob. cit. p. 233 y ss.
[359] Francesco CARNELUTTI. Ob. cit. pp. 18 y ss.
[360] José María ASENCIO MELLADO. Ob. cit. Parte Primera. Pp. 154 y 155.

MONTERO AROCA considera que los hechos notorios son aquellos cuyo conocimiento forma parte de la cultura normal propia de un determinado grupo social en el tiempo en que se produce la decisión judicial, incluyendo naturalmente al juez. [361]

Por su parte GUASP DELGADO al referirse a los hechos notorios expresa, que los mismos son verdades científicas, históricas, geográficas, generalmente reconocidas, que al pertenecer a la cultura o experiencia común de los hombres, su conocimiento positivo una vez que se logra, reviste extraordinaria garantía. [362]

ALSINA define el hecho notorio como aquel cuyo conocimiento forma parte de la cultura normal propia de un determinado círculo social en el momento en que la decisión es pronunciada, concepto limitado en el tiempo y en el espacio, pues –dice- lo que hoy es notorio puede dejare de serlo mañana y lo que es notorio en un lugar puede no serlo en otro.[363]

PALACIO indica al respecto que la posibilidad que el hecho se halle incorporado a cierto grupo social, le otorga la calidad de notorio, excluyendo la posibilidad de que sea puesto en duda por el órgano jurisdiccional, incluso seriamente controvert5ido por el adversario de quien lo invoque. Nos dice que le hecho notorio para calificarlo como tal, requiere excluir de su ámbito las siguientes características: a. La universalidad, pues el hecho no requiere de un conocimiento multitudinario, pues el concepto de hecho notorio queda referido a un determinado círculo social, cuya mayor o menor cantidad de integrantes resulta indiferente; b. Conocimiento absoluto, ya que es suficiente el conocimiento relativo, la posibilidad de verificar la existencia del hecho que se trate mediante el auxilio de una simple información; c. Conocimiento efectivo, el cual también es innecesario en cuanto a la observación directa del hecho por todos los individuos pertenecientes al grupo social; d. La permanencia del hecho, pues no obsta a la notoriedad de un hecho la circunstancia de haber acontencido0 con anterioridad, por considerable que sea ésta, al momento de desarrollarse el proceso.[364]

Para nosotros los hechos notorios son aquellos del conocimiento de buena parte de la colectividad, bien porque pertenezca a su actividad cotidiana, a su tradición histórica, a su costumbre o a su creencia religiosa, de capacidad intelectual media, el cual permanece en el tiempo y que exista al momento que el juez esté conociendo del asunto judicial sometido a su conocimiento. De la definición ensayada se destacan los siguientes elementos característicos:

a. Los hechos notorios son del conocimiento de buena parte de la colectividad, lo que se traduce en que no requiere del conocimiento del toda la colectividad, sino buena parte de ella.

---

[361] Juan MONTERO AROCA. Ob. cit. pp. 44 y ss. Igualmente en Derecho Jurisdiccional II. p. 257.
[362] Jaime GUASP Delgado. Ob. cit. T. I. p. 308.
[363] Hugo ALSINA. Ob. cit. T. III. pp. 249 y 250.
[364] Lino Enrique PALACIO. Ob. Cit. T. IV. pp. 349 y ss.

b. El conocimiento no es necesario que sea absoluto, ya que basta ser conocido el hecho en sí, aunque no lo sea en detalle.[365]
c. Ese conocimiento es producto de la tradición histórica, de la costumbre o de la creencia religiosa o de la actividad diaria.
d. Para ser calificados los hechos como notorios, se requiere que ese conocimiento sea de la colectividad de capacidad intelectual media.
e. El hecho adquirido por la colectividad, debe perdurar en sus memorias, en el tiempo y especialmente en el tiempo en que es llevado al proceso como hecho debatido y eximido de prueba.
f. No es preciso que el conocimiento sea real o personal, ya que el hecho puede ser conocido directamente o mediante información precisa, seria, verídica, concordante, de lo cual se desprende que esa notoriedad se remite a los hechos objeto de ella, no a las opiniones o rumores por más generalizados que sean.

Pero la característica fundamental de hecho notorio es que ese conocimiento general que del mismo se tenga, perdure en la memoria del conglomerado social, es decir, se mantenga en el tiempo, ya que de no existir éste factor, su olvido es probable y por lo tanto deja de ser del conocimiento general.

En cuanto al hecho notorio como tema de la prueba judicial, debemos expresar que el mismo desde su consagración en el Derecho Romano, siempre ha estado eximido de prueba, ello en función del principio "*notoria non egent probatione*" sin perjuicio que algunos doctrinarios -como lo señala DEVIS ECHANDÍA-[366] no le reconocen a la notoriedad la consecuencia de eximir de prueba al hecho, entre quienes se destacan BENTHAM, FLORIAN, LESSONA, CARRARA y ELLERO.

En nuestro ordenamiento jurídico el hecho notorio no es tema de la prueba judicial, tal como lo dispone el artículo 506 del Código de Procedimiento Civil al señalar […] *Las partes tienen la carga de probar sus respectivas afirmaciones de hecho. Quien pida la ejecución de una obligación deberá probarla, y quien pretenda haber sido libertado de ella, debe por su parte probar el pago o el hecho extintivo de la obligación. Los hechos notorios no son objeto de prueba.*"

---

[365]MONTERO AROCA al referirse a este punto, señala que para considerar un hecho como notorio, no es preciso que sea conocido por todo el mundo, por todos los habitantes de un planeta, por lo que no existen hechos notorios absolutos, sin limitación en el tiempo, de donde infiere que puede distinguirse entre notoriedad universal -la Segunda Guerra Mundial- nacional -huelga nacional de trabajadores- regional -acontecimiento de alguna región- o local -acontecimiento de alguna localidad-. Igualmente señala que el hecho notorio no requiere que sea conocido por todas las personas que residen en el ámbito geográfico donde se produce la notoriedad. Ob. cit. pp. 44 y ss.
[366] Hernando DEVIS ECHANDÍA Ob. cit. T. I. pp. 214 y ss.

Debemos precisar que el hecho notorio, es aquel conocido por buena parte de la colectividad que tiene capacidad intelectual media, por pertenecer a su tradición histórica, consuetudinaria o religiosa, el cual permanece en el tiempo y que se encuentra eximido de prueba, como consecuencia de ser inútil demostrarle al operador de justicia la existencia de un hecho que de antemano conoce, ya que el juez es un sujeto que forma parte de la colectividad y que tiene o debe tener por lo menos, un grado de instrucción calificado. Son ejemplos de hechos notorios:

a. La segunda Guerra Mundial.
b. La caída del muro de Berlín.
c. La caída del régimen comunista de la Unión Soviética.
d. La crisis económica mundial.
e. Entre nosotros, la tragedia ocurrida en el Estado Vargas en diciembre de 1999.
f. El atentado terrorista ocurrido en la Torres Gemelas.
g. La crisis institucional que atraviesa Venezuela desde más de una década.
h. El golpe de Estado del 11 de Abril de 2002.
i. El paro petrolero de 2002.
j. La muerte del Papa Juan Pablo II.
k. La depreciación y desvalorización de la moneda venezolana.

Ya para concluir este punto, resulta esencial referirnos a algunos problemas que se presentan en esta materia, como lo es su necesidad de alegación y su fijación antes del debate probatorio.

El primero de los planteamientos se encuentra referido concretamente a si el hecho notorio para que pueda ser tenido en el proceso requiere ser alegado por las partes como presupuesto de las normas jurídicas de las cuales pretenden extraer un consecuencia beneficiosa, o si por el contrario el judicante puede tenerlo como cierto en la sentencia sin necesidad de alegación previa. Al respecto la tema es complejo, por un lado por el hecho que el tema fáctico corresponde a las partes quienes tienen la carga de la alegación o explanación de los hechos que son presupuestos de las normas jurídicas, que serán tema de la prueba y que vinculan al judicante, de manera que éste no podría suplir dicha actividad sin convertirse en un investigador y lesionando la regla que impone su carácter verificador, a lo que debe agregarse que el judicante debe respetar el principio axusato teniendo el deber de congruencia, so pena de incurrir en vicios del acto sentencial.

Así el judicante solo debe verificar los hechos aportados por las partes, no puede investigarlos, pero luego que éstos son expuestos por las mismas como fundamento de sus pretensiones, el judicante está investido de actividad probatoria oficiosa para ordenar medios probatorios que tiendan a verificarlos, sin suplir actividad probatoria de parte, incluso pueden estar eximidos de prueba por su carácter notorio

que puede ser declarado de oficio por el judicante, más de ahí a considerar que el hecho no requiere de alegato y que puede ser tenido por el juez, hay un trecho largo. A nuestro entender y basado en lo expuesto la tesis que debe imponerse es ésta, donde el judicante no puede de oficio traer al proceso un hecho notorio, lo que se diferencia del hecho allegado al proceso por alegato de las partes, sí pueda de oficio calificarlo como notorio, lo que es muy diferente a suplir el alegato del hecho, esto último interdictado al judicante.

En este sentido nos topamos con PALACIO para quien la circunstancia de que los hechos notorios se hallen exentos de prueba no implica, que el órgano jurisdiccional deba tenerlo por cierto aunque las partes no lo hayan invocado. A su juicio y partiendo del principio dispositivo, y particularmente el principio de congruencia, se impone irremisiblemente la alegación del hecho notorio, quedando vedado por ende al órgano judicial la posibilidad de introducirlo de oficio.[367]

En Colombia los maestros Hernando DEVIS ECHANDÍA y Jairo PARRA QUIJANO, el primero quien distingue la alegación del hecho mismo y la de su notoriedad, con la circunstancia de que el hecho sea fundamento de la demanda o de una excepción. En este sentido manifiesta que ROSEMBERG, MICHELI, ALLORIO y AMARAL SANTOS consideran que el juez puede tener en cuanta un hecho notorio que no ha sido afirmado por las partes, lo que equivaldría a darle el mismo tratamiento que a las normas jurídicas y a confundirlo con las máximas de experiencia; pero también indica que la mayoría de los autores exige que el hecho debe ser alegado por las partes, aunque lo eximen de su prueba, problema éste que quedaría eliminado –a su decir- con la distinción propuesta entre alegación del hecho mismo y la de su notoriedad, con la circunstancia de que el hecho sea fundamento de la demanda o de una excepción; que en los procesos civiles regidos por el principio dispositivo y de congruencia donde hay exigencia de enunciar los hechos que sirven de fundamento de las pretensiones, resulta indispensable que los hechos aparezcan como principales o determinantes de la *causa petendi*, para que puedan ser considerados pro el judicante, lo que garantizaría el derecho al contradictorio y consecuencialmente a la defensa del demandado, sin perjuicio de configurar el alcance del litigio y delimitar el contenido de las resoluciones judiciales, de manera que la circunstancia de ser innecesaria la prueba por lo público del conocimiento del hecho, no altera las razones que fundamentan su principio, a menos que una norma lo disponga.

Señala el maestro colombiano que otra cosa es la afirmación de la notoriedad del hecho, que se presenta como una cualidad circunstancial que no altera la existencia del hecho ni los efectos jurídicos que de él se deducen; la *causa petendi* es igual, sea que el hecho goce de notoriedad o que apenas lo conozcan las partes, de manera que y respecto a las pretensiones de la demanda, la notoriedad del hecho es una

---

[367] Lino Enrique PALACIO. Ob. cit. T. IV. pp. 351 y ss.

circunstancia accesoria que no necesita alegación, sino es presupuesto contemplado de la norma legal para que surta efectos jurídicos de ella, siendo que el juez deberá tenerlo en cuenta, correspondiéndole de oficio examinar si necesita o no de prueba. En cuanto a las excepciones, indica que aún cuando no hayan sido propuestas, salvo la prescripción, nulidad sustancial relativa y compensación, la afirmación del hecho que la configura no es necesaria y por lo tanto debe tenerse en cuanta en la sentencia si se reconoce su notoriedad, a pesar del silencio del demandado.[368]

Por su parte PARRA QUIJANO señala al efecto que en materia civil el hecho necesariamente debe ser alegado, tanto si sirve al supuesto de las pretensiones como de las excepciones, por lo que se separa del criterio del maestro DEVIS ECHANDÍA, pues a su decir una cosa es que el hecho esté exento de prueba y otras muy distinta es que no exista la carga de su alegación, no pudiéndose confundir la obligación que tiene el juez de declarar probadas de oficio las excepciones perentorias cuando están demostradas en el proceso –salvo la prescripción, compensación y nulidad relativa- aún cuando no hayan sido alegadas, con la carga de la afirmación del hecho notorio. Indica que no resulta válido decir que el juez civil está facultado para declarar de oficio las excepciones perentorias –salvo las indicadas- cuando se sustentan en hechos notorios, aún cuando no hayan sido alegadas, pues en definitiva esto lesionaría el derecho a la defensa, al no permitírsele a las partes contradecir y discutir el tema de la notoriedad o no del hecho previamente alegado, lo que conduciría a sorpresas en la sentencia. Concluye el precitado maestro indicando […] *El hecho notorio, pues, debe ser alegado, inclusive para que la parte, que pretenda decir que no lo es, lo discuta; o si sostiene que a pesar de ser un hecho notorio es éste equivocado, poder argumentar en este sentido.*”[369]

No obstante a lo señalado y como expresáramos, existe otra tendencia que considera que el juez es parte de la sociedad, de la colectividad y como tal tiene conocimiento de los hechos notorios, quien puede aplicarlos en el proceso sin necesidad de alegato, criterio éste que no compartimos en base a los argumentos que hemos expuesto, aunque como veremos en el punto que sigue, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, bajo la ponencia de una mente tan retorcida como la de Jesús Eduardo CABRERA ROMERO, artífice de las sentencias mas lesivas de los derechos fundamentales y destructor del estado de Derecho venezolano, al servicio del partido de gobierno de turno para legitimar el secuestro de las Instituciones y la violación grosera y descarada de la Copnstitución, luego de diferenciar erradamente el hecho notorio del comunicacional, considera que éste último puede ser establecido o declarado por el judicante de oficio, aún sin previo alegato de parte, criterio éste que desde ahora rechazamos por antigarantista y lesivo del derecho a la defensa, así como de los principios que gobiernan los procesos judiciales, también de carácter constitucional, como lo son el acusatorio y de congruencia.

---

[368] Hernando DEVIS ECHANDÍA. Ob. cit. T.I. pp. 220 y 221.
[369] Jairo PARRA QUIJANO. Ob. cit. pp. 144 y 145.

El segundo de los planteamientos referidos a la fijación o calificación del hecho como notorio por parte del juez, radica en el hecho que en la práctica tal calificación se produce es al momento del dictado de la sentencia, lo que puede involucrar problema de indefensión a las partes que no tuvieron la posibilidad de controlar la cuestión en la instancia –pues podrán hacerlo vía recursiva- problemas respecto a la carga probatoria y a la aportación o no de los medios probatorios para demostrar tales hechos y nos explicamos. En este sentido MONTERO AROCA expresa que el problema básico de la notoriedad consiste en que el juzgador la venía apreciando únicamente en la sentencia, con lo que la parte que alegaba no sabía hasta ese momento si sería o no estimada, perdiendo en su caso la posibilidad de probarla, bien directamente el hecho notorio, bien indirectamente el hecho de la notoriedad, de ahí –dice el precitado profesor- que en la práctica se vinieran formulando proposiciones de prueba con relación a hechos notorios que los tribunales admitían sin problemas, incurriendo a veces en el ridículo de probar sobre algo que todos tenían por cierto e indudable.[370]

Puede suceder que el judicante califique como notorio un hecho que no lo es, caso en el cual habrá lesionado las reglas sobre la carga probatoria al eximir de prueba un hecho que debió acreditarse; también puede suceder que un hecho que es notorio no fue calificado como tal por el judicante, caso en el cual también habrá lesionado las reglas sobre la carga probatoria y eximentes de prueba, concretamente el artículo 506 del Código de Procedimiento Civil. El carácter o condición de notorio de un hecho, es un tema que debe ser conocido por las partes antes del comienzo del lapso probatorio, al producirse la fijación de los hechos controvertidos, pues ello les permitirá el conocimiento suficiente sobre si tienen o no que realizar la prueba de tal hecho, evitándose así quedar en estado de indefensión al no producir la prueba de un hecho que ellos consideran como notorio pero no así el judicante, de manera que en aplicación de un criterio garantista y tomando en consideración el tema de la prueba como derecho constitucionalizado, no vacilamos en afirmar que en el judicante luego de producida la traba de la litis como consecuencia de la contestación de la demanda o la defensa ensayada en el sistema penal, sin perjuicio de la conducta omisiva del acusado permitida por la presunción de inocencia, está en el deber de hacer pronunciamiento expreso respecto al carácter o no notorio de un hecho que haya sido controvertido entre las partes, lógicamente, de haberse alegado el carácter notorio, incluso en caso de no existir controversia en este aspecto, de así estar observándolo el judicante, lo que en definitiva permitirá a las partes cuestionar o no la calificación dada por el juez y tener certeza sobre las pruebas y cargas probatorias que tienen para demostrar sus extremos de hecho.

El problema por ejemplo lo observamos en el sistema civil escrito, donde trabada la litis luego de vencido el lapso de contestación de la demanda, queda de pleno derecho abierto el proceso a pruebas,

---

[370] Juan MONTERO AROCA. Derecho Jurisdiccional II. p. 258.

caso en los cuales afirmamos que el judicante deberá dictar un auto expreso que contenga el pronunciamiento sobre este tema del hecho notorio, lo que hará luego de vencido el lapso de emplazamiento en los términos del artículo 10 del Código de Procedimiento Civil. Respecto al sistema de procedimiento orales donde se fija una audiencia preliminar, el tema resulta fácil, pues será en este momento y con posterioridad cuando se deba fijar el tema controvertido, cuando se emita el pronunciamiento referido al carácter notorio del hecho, creando certeza en las partes sobre la situación, sin perjuicio del control que del mismo pueden realizar para cuestionar la calificación que del hecho ha establecido el judicante, criterio que no aplicaría en el torticero procedimiento laboral, donde la audiencia preliminar está prevista antes de la contestación de la demanda, siendo aquel –audiencia preliminar- el momento de promoción de pruebas, que como lo hemos denunciado constantemente genera indefensión, siendo antigarantista, aunque es defendido por la mediocridad.

4.10. Notoriedad de hecho.

En el punto anterior abordamos el estudio de los hechos notorios, los cuales como se señalara se encuentran eximidos de prueba, no forman parte del tema de la prueba judicial, pero es importante distinguirlos de la notoriedad de hecho, que constituye un tipo de notoriedad con características disímiles.

La notoriedad del hecho se produce cuando un hecho impacta, alarma, escandaliza o es noticia en un momento o tiempo determinado, que produce su conocimiento por la mayoría de la colectividad, pero en forma momentánea o fugaz, desvaneciéndose en el tiempo como consecuencia del olvido. Esta clase de hechos se caracterizan por ser del conocimiento del conglomerado social, únicamente en un intervalo de tiempo, tendiendo a desaparecer en el mismo, tales como son por ejemplo el equipo ganador de la serie del caribe hace tres (3) años, el escándalo político más relevante hace cinco (5) meses, o la decisión judicial más bochornosa y noticiosa.

Estos hechos que forman parte del conocimiento diario no requieren ser demostrados en el proceso, pues en el momento que impactan, escandalizan o conmueven a la sociedad, por su importancia y relevancia hacen que sean del dominio social y público, más con el pasar del tiempo, cuando el hecho tiende a olvidarse en la mente de los ciudadanos, los mismos al ser traídos al proceso, deben ser demostrados por quien los alegue como presupuesto de una norma jurídica cuyo resultado pretende.

En tal sentido resulta importante tener claro la noción de hechos notorios y la notoriedad de hecho, siendo su elemento diferenciador precisamente el factor tiempo, ya que el hecho será notorio, en el medida que perdure en el tiempo, de lo contrario, estaremos en presencia de una notoriedad de hecho,

de donde podemos afirmar que un hecho puede nacer notorio y morir como notoriedad de hecho, pues el segundo no es otra cosa que un hecho notorio fugaz.

4.11. Hechos comunicacionales.

Los hechos comunicaciones forman parte del hecho notorio, y son tratados por primera vez en el año de 1940, donde KISCH los concibió como hechos conocidos por todo el mundo, o por un gran circulo de personas, con seguridad, por ser generalmente perceptibles, históricos, o por ser difundidos por medios suficientemente acreditados, como la noticia de sucesos diarios, dadas coincidentemente por los periódicos. [371]

Por su parte SHÖNKE en el año de 1950, los concebía como aquellos conocidos con seguridad, por todos o al menos por un gran círculo de personas, por constituir acontecimiento históricos o de actualidad reseñados por los diarios. [372]

LENT –citado por DEVIS ECHANDÍA- en el año de 1962, los trató como aquellos hechos universalmente conocidos o que una gran parte de la población los tiene por seguros, por haberlos percibido o por conocerlos de medios generales de divulgación, como la radio o la prensa.[373]

Igualmente STEIN señalaría que las fuentes de la notoriedad podían ser la percepción directa y sensible de la multitud y la difusión por notorias oficiales, históricas o periódicas. [374]

En Venezuela el tema del hecho comunicacional o notorio comunicacional, también conocido como publicitario, comienza a tomar auge a raíz de la sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia,[375] donde se habla del mismo como una subespecie del hecho notorio tradicional, el cual proviene del conocimiento que tiene la comunidad de determinados hechos, por la difusión que se le ha hecho por los medios de comunicación escrita, radial o visual, es decir, por radio, prenda o televisión y que se fundamenta en los artículos 2°, 26 y 257 Constitucionales, para desarrollar un proceso justo, idóneo y sin formalismos inútiles. Así expresó la precitada sentencia lo siguiente:

> En el derecho medieval existía el principio *"notoria non egent probatione"*, que exoneraba de prueba al hecho notorio. La conceptualización de que debe entenderse por dicho hecho, ha sido discutido por diferentes autores, siendo la definición del tratadista italiano Piero

---

[371] Wilhem KISCH. Elementos De Derecho Procesal Civil. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid. 1940. p. 196.
[372] Adolfo SHÖNKE Ob. cit. p. 200.
[373] Hernando DEVIS ECHANDÍA. Ob. cit. T. I. p. 223.
[374] Frederich STEIN. Ob. Cit.
[375] Sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, N° 98, de fecha 15 de Marzo de 2000, con ponencia del Magistrado Jesús Eduardo CABRERA ROMERO, expediente N° 00-0146.

Calamandrei, en su obra Definición del Hecho Notorio (Estudios Sobre El Proceso Civil. Editorial Bibliográfica Argentina 1945), tal vez la de mayor aceptación. El maestro Calamandrei lo definía así: "se consideran notorios aquellos hechos el conocimiento de los cuales forma parte de la cultura normal propia de un determinado círculo social en el tiempo en que se produce la decisión". El principio de que lo notorio no requiere prueba fue acogido en el artículo 506 del Código de Procedimiento Civil, así como por el artículo 215 del Código Orgánico Procesal Penal, por lo que se trata de un principio que informa al proceso en general.

La necesidad que el hecho notorio formara parte de la cultura de un grupo social, se hacía impretermitible en épocas donde la transmisión del conocimiento sobre los hechos tenía una difusión lenta, sin uniformidad con respecto a la sociedad que los recibía, y tal requisito sigue vigente con relación a los hechos pasados o a los hechos que pierden vigencia para la colectividad, a pesar que en un momento determinado eran conocidos como trascendentales por la mayoría de la población. Dichos hechos no se podrán proyectar hacia el futuro, para adquirir allí relevancia probatoria, si no se incorporan a la cultura y por ello la Casación Civil de la extinta Corte Suprema de Justicia en fallo de 21 de julio de 1993, acotó que la sola publicación por algún medio de comunicación social, sin la certeza de que el hecho fuere "conocido y sabido por el común de la gente en una época determinada", no convertía al hecho en notorio, concepto que comparte esta Sala, ya que la noticia aislada no se incorpora a la cultura.

Ceñidos a la definición de Calamandrei, puede decirse que la concepción clásica del hecho notorio, requiere, por la necesidad de la incorporación del hecho a la cultura, que el, por su importancia, se integre a la memoria colectiva, con lo que adquiere connotación de referencia en el hablar cotidiano, o forma parte de los refranes, o de los ejemplos o recuerdos, de lo que se conversa en un círculo social. Por ello son hechos notorios sucesos como el desastre de Tacoa, la caída de un sector del puente sobre el lago de Maracaibo, los eventos de octubre de 1945, la segunda guerra mundial, etc.

Pero el mundo actual, con el auge de la comunicación escrita mediante periódicos, o por vías audiovisuales, ha generado la presencia de otro hecho, cual es el hecho publicitado, el cual en principio no se puede afirmar si es cierto o no, pero que adquiere difusión pública uniforme por los medios de comunicación social, por lo que muy bien podría llamársele el hecho comunicacional y puede tenerse como una categoría entre los hechos notorios, ya que forma parte de la cultura de un grupo o círculo social en una época o momento

determinado, después del cual pierde trascendencia y su recuerdo solo se guarda en bibliotecas o instituciones parecidas, pero que para la fecha del fallo formaba parte del saber mayoritario de un círculo o grupo social, o a el podía accederse.

Así, los medios de comunicación social escritos, radiales o audiovisuales, publicitan un hecho como cierto, como sucedido, y esa situación de certeza se consolida cuando el hecho no es desmentido a pesar que ocupa un espacio reiterado en los medios de comunicación social.

De esta manera, el colectivo se entera de conflictos armados, de los viajes del Presidente de la República, de los nombramientos que hace el Congreso, de la existencia de crímenes y otros delitos, de la existencia de juicios, etc.

Estas noticias publicitadas por los medios (por varios) de manera uniforme, podrían ser falsas, pero mientras no se desmientan y se repitan como ciertas, para el que se entera de ellas son hechos verdaderos sucedidos, así su recuerdo no se haya dilatado en el tiempo.

Se trata de un efecto de la comunicación masiva, que en forma transitoria y puntual hace del conocimiento general un hecho que durante cierto espacio de tiempo, a veces breve, permite a los componentes de la sociedad referirse a él y comentar el suceso, o tomar conciencia de un mensaje, como sucede con la propaganda o publicidad masiva.

Que un identificado grupo de béisbol es el campeón de Venezuela, es un hecho que se presenta como cierto por la comunicación social, y que se consolida como tal, cuando la mayoría de los medios siguen reseñando las andanzas y compromisos de ese equipo.

De un hecho comunicacional de este tipo, no puede escapar un juez que en la vida actual, incluso como parte de los hechos que debe adquirir para engrosar su conocimiento sobre su entorno social, lee periódicos, oye radio o ve televisión. Es esta difusión comunicacional una de las fuentes de la "sensación o escándalo público" que toma en cuenta el artículo 59 del Código Orgánico Procesal Penal, como presupuesto de la radicación

Pensar que este hecho del cual toma conciencia no sólo el juez, sino un gran sector del colectivo, es de igual entidad que los otros hechos litigiosos, es una irrealidad. Tan irreal es, que la doctrina enseña que es un requisito de validez del reconocimiento de individuos en rueda de personas, el que las fotografías de los posibles reconocidos no deben haber recibido publicidad previa al acto de reconocimiento.

El hecho publicitado o comunicacional no es un hecho notorio en el sentido clásico, ya que puede no incorporarse como permanente a la cultura del grupo social, sin embargo su publicidad lo hace conocido como cierto en un momento dado por un gran sector del

conglomerado, incluyendo al juez; y desde este ángulo se puede afirmar que forma parte durante épocas, de la cultura, así luego desaparezca, ya que su importancia o transcendencia era relativa, tenía importancia solo en un espacio y tiempo limitado y a veces breve.

Este concepto moderno del hecho notorio diverge del hecho público. Este último parte de diversos criterios conceptuales. Unos consideran que atiende a una ficción legal de conocimiento, desligado de una difusión suficiente. Un ejemplo es el hecho que goza de los efectos del registro público, o de la publicación en periódicos oficiales; otra vertiente para conceptualizarlo, lo señala como el que tiene lugar en sitios públicos, criterio también ajeno a su difusión; y una última es, que el hecho público es aquel que surge de actos del poder público.

El hecho comunicacional, fuente de este tipo particular de hecho notorio que se ha delineado, es tan utilizable por el juez como el hecho cuyo saber adquiere por su oficio en el ejercicio de sus funciones, y no privadamente como particular, lo que constituye la notoriedad judicial y que está referido a lo que sucede en el tribunal a su cargo, como existencia y manejo de la tablilla que anuncia el despacho; o lo relativo al calendario judicial, a los cuales se refiere el juzgador sin que consten en autos copias de los mismos; notoriedad judicial que incluye el conocimiento por el juez de la existencia de otros juicios que cursan en su tribunal, así como el de los fallos dictados en ellos.

¿Puede el juez fijar al hecho comunicacional, como un hecho probado, sin que conste en autos elementos que lo verifiquen? Si se interpreta estrictamente el artículo 12 del Código de Procedimiento Civil, el cual es un principio general, el juez sólo puede sentenciar en base a lo probado en autos, con excepción del hecho notorio. Tiene así vigencia el vetusto principio que lo que no está en el expediente no está en el mundo. Pero si observamos las sentencias, encontramos que ellas contienen un cúmulo de hechos que no están probados en autos, pero que son parte del conocimiento del juez como ente social, sin que puedan tildarse muchos de ellos ni siquiera como hechos notorios. Así, los jueces se refieren a fenómenos naturales transitorios, a hechos que están patentes en las ciudades (existencia de calles, edificios, etc.), a sentencias de otros tribunales que se citan como jurisprudencia, a obras de derecho o de otras ciencias o artes, al escándalo público que genera un caso, a la hora de los actos, sin que existan en autos pruebas de ellos.

Si esto es posible con esos hechos, que casi se confunden con el saber privado del juez, con mucha mayor razón será posible que el sentenciador disponga como ciertos y los fije en

autos, a los hechos comunicacionales que se publicitan hacia todo el colectivo y que en un momento dado se hacen notorios (así sea transitoriamente) para ese colectivo.

Esta realidad lleva a esta Sala a considerar que el hecho comunicacional, como un tipo de notoriedad, puede ser fijado como cierto por el juez sin necesidad que conste en autos, ya que la publicidad que él ha recibido permite, tanto al juez como a los miembros de la sociedad, conocer su existencia, lo que significa que el sentenciador realmente no está haciendo uso de su saber privado; y pudiendo los miembros del colectivo, tener en un momento determinado, igual conocimiento de la existencia del hecho, porque negar su uso procesal.

El hecho comunicacional puede ser acreditado por el juez o por las partes con los instrumentos contentivos de lo publicado, o por grabaciones o videos, por ejemplo, de las emisiones radiofónicas o de las audiovisuales, que demuestren la difusión del hecho, su uniformidad en los distintos medios y su consolidación; es decir, lo que constituye la noticia. Pero el juez, conocedor de dicho hecho, también puede fijarlo en base a su saber personal, el cual, debido a la difusión, debe ser también conocido por el juez de la alzada, o puede tener acceso a él en caso que no lo conociera o dudase. Tal conocimiento debe darse por cierto, ya que solo personas totalmente desaprensivos en un grupo social hacia el cual se dirije el hecho, podrían ignorarlo; y un juez no puede ser de esta categoría de personas.

Planteado así la realidad de tal hecho y sus efectos, concatenado con la justicia responsable y sin formalismos inútiles que el artículo 26 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela contempla; aunado a que el proceso constituye un instrumento fundamental para la realización de la justicia, tal como lo establece el artículo 257 de la vigente Constitución, y que el Estado venezolano es de derecho y de justicia, como lo expresa el artículo 2 *ejusdem*, en aras a esa justicia expedita e idónea que señala el artículo 26 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, a pesar de que el hecho comunicacional y su incorporación a los autos de oficio por el juez, no está prevenido expresamente en la ley, ante su realidad y el tratamiento que se viene dando en los fallos a otros hechos, incluso de menos difusión, esta Sala considera que para desarrollar un proceso justo, idóneo y sin formalismos inútiles, el sentenciador puede dar como ciertos los hechos comunicacionales con los caracteres que luego se indican, y por ello puede fijar como cierto, los hechos que de una manera uniforme fueron objeto de difusión por los medios de comunicación, considerándolos una categoría de hechos notorios, de corta duración.

Los medios de comunicación se proyectan hacia una sociedad de masas, que recibe conocimientos por diversos medios: prensa, radio, audiovisuales, redes informáticas, que uniforman el saber colectivo sobre los hechos que se presentan como ciertamente acaecidos (eventos), donde las imágenes que se transmiten o se publican someten con su mensaje a la masa a la cual pertenece el juez y las partes. Siendo así, ¿para qué exigir pruebas sobre esos hechos comunicados, si todos –así sean falsos- creen que al menos ocurrieran verazmente? Con aceptar que el juez como parte de ese conocimiento colectivo, así este sea transitorio y temporal, fije en un fallo un hecho, no se ocasiona para nadie ningún daño, porque si el juez inventare el hecho, la alzada y hasta la casación, al no conocerlo, lo eliminarían del mundo de los hechos ciertos, necesarios para poder sentenciar, y para ello bastaría la consciencia del sentenciador de la alzada de no conocer el hecho como cierto, ni poder tomar cuenta de él por no saber dónde buscarlo.

El ejercicio del periodismo se hace efectivo mediante la comunicación de la noticia, que informa sobre el suceso nacional o internacional que se considera debe conocer el público. El área de la noticia es extensa: eventos naturales, humanos, sociales, culturales, judiciales, etc., son reseñados y trasmitidos al colectivo. En los medios de comunicación, la noticia destaca ya que es uno de los fines primordiales del medio, y el periodismo se ejerce de esta manera, siendo el informante, el periódico o el noticiero; es decir, la empresa de comunicaciones.

La noticia, entendida como suceso reseñado, contrasta con otros contenidos de los medios, tales como artículos de opinión, entrevistas, remitidos, propaganda comercial, comunicaciones públicas, y avisos o llamados que ordena la ley se hagan mediante la prensa impresa y que muy bien pudieran ser parte de la comunicación radial o audiovisual, aunque la ley no los contemple.

Del contenido de los medios de comunicación masivos, hay una serie de hechos cuya captación es limitada, no sólo por la forma como se expresan, sino porque no son destacados por todos o por la mayor parte de los medios de una localidad. Estos contenidos a pesar de ser difundidos, no tienen la característica de ingresar a la cultura del grupo así sea en forma temporal. Mientras que hay otros, que por estar extensamente difundidos y presentados de manera tal que son de fácil aprehensión por cualquiera, pasan de inmediato, aunque puntual y transitoriamente, a ser parte del conocimiento del grupo, destacándose entre ellos aquellos que aparecen como información comunicacional veraz, y no como opiniones, testimonios, anuncios, cuya autoría y veracidad no consta. De este residuo se

tiene certeza de que fueron difundidos, más no de su veracidad; pero el hecho del cual se hace responsable el medio de comunicación y que varios medios lo presentan como sucedido efectivamente, resulta captado por el colectivo como un hecho veraz.

El hecho comunicacional es preferentemente la noticia de sucesos, pero de él pueden formar parte, como realidades, la publicidad masiva.

Si las publicaciones que la ley ordene se hagan por la prensa, como carteles de citación, edictos, balances, etc., producen efectos jurídicos y se tienen por conocidos por todos, no hay razón para considerar que el resto de lo que se comunica como noticia importante no goce del conocimiento común, aunque hay que distinguir del material publicitado de aquel que la ley ordena se publique y que por mandato legal se hace, para que la ficción de conocimiento abarque al colectivo, del resto de lo informado. De ese resto, existe la información de sucesos que es el meollo de la noticia, y que debe separarse del resto del contenido de lo difundido, como la publicidad, artículos de opinión, etc., que forman un sector del periodismo o de la comunicación diferente a la información de eventos, los cuales –como tales- deben interesar a la colectividad y le dan a la función periodística (en cualquiera de sus expresiones) el carácter de servicio público. Ello no quiere decir que la publicidad comercial, no llegue a surtir los mismos efectos que el nuevo difundido en cuanto a su conocimiento, ni que las ruedas de prensa reseñadas por diversos medios, no adquieran la dimensión de suceso de actualidad; pero en lo comunicado por los medios masivos, hay que distinguir aquellos que forman la noticia y que llaman la atención por su forma de presentarlos o exponerlos, de aquellos que no conforman el meollo del mensaje, como avisos, carteles, etc., que no son destacados por el medio de comunicación social y que no son del interés colectivo como eventos ocurridos.

Desde este ángulo, las informaciones sobre sucesos y eventos que en forma unánime y en el mismo sentido hacen los medios de comunicación social de alta circulación o captación, son aprehendidos por toda la colectividad, que así sabe, por ejemplo, que se interrumpió una vía, se produjo un accidente aéreo, se dictó una decisión judicial en un caso publicitado, etc. Esta noticia tiene mucho mayor impacto que el cartel de citación, o la información que legalmente debe publicarse, que con su difusión por la prensa adquiere la ficción de ser conocida por la colectividad, sin tener el poder de captación que tiene la noticia destacada del suceso, a veces potenciada con gráficas, letras de mayor tamaño y otros elementos para su aprehensión visual (o conozca, según los casos), faltando además en los hechos puntuales (carteles, etc.), la mayoría de las veces, la publicación coetánea por varios medios.

Por la vía de la información periodística, el colectivo adquiere conocimiento, al menos en lo esencial, de determinados hechos y al todo el mundo conocer el hecho o tener acceso a tal conocimiento, no se hace necesario con respecto al proceso, mantener la prohibición del artículo 12 del Código de Procedimiento Civil, principio general del derecho (que no se puede sentenciar sino de acuerdo a lo probado en autos). Tal principio persigue que el juez no haga uso de su saber personal sobre el caso, ya que de hacerlo surgiría una incompatibilidad psicológica entre la función de juez y la de testigo, tal como lo decía el Maestro Calamandrei en la página 195 de la obra antes citada; además de coartarle a las partes el control de la prueba, ya que ellas no podrán ejercer el principio de control de hechos que solo conoce el juez y los vierte al proceso, minimizando así el derecho de defensa que consagra el artículo 49 de la vigente Constitución.

Pero con los hechos publicitados la situación es distinta, todos conocen o pueden conocer de ellos lo mismo, y mal puede hablarse que se trata de un conocimiento personal del juez incontrolable para las partes. Es por ello que la prohibición del artículo12 Código de Procedimiento Civil, con su sentido protector de las partes, no opera ante este tipo de hecho, producto de los tiempos actuales y del desarrollo de la comunicación.

Es cierto que el hecho comunicacional, como cualquier otro hecho, puede ser falso, pero dicho hecho tiene características que lo individualizan y crean una sensación de veracidad que debe ser tomada en cuenta por el sentenciador. Esos caracteres confluyentes son: 1) Se trata de un hecho, no de una opinión o un testimonio, si no de un evento reseñado por el medio como noticia; 2) Su difusión es simultánea por varios medios de comunicación social escritos, audiovisuales, o radiales, lo cual puede venir acompañado de imágenes; 3) Es necesario que el hecho no resulte sujeto a rectificaciones, a dudas sobre su existencia, a presunciones sobre la falsedad del mismo, que surjan de los mismos medios que lo comunican, o de otros y, es lo que esta Sala ha llamado antes la consolidación del hecho, lo cual ocurre en un tiempo prudencialmente calculado por el juez, a raíz de su comunicación; y 4) Que los hechos sean contemporáneos para la fecha del juicio o de la sentencia que los tomará en cuenta.

El que el hecho sea falso, como ya se dijo, es una posibilidad mínima, pero que siempre puede ser opuesto y constatado en la misma instancia, si es la parte quien pretende valerse de él, o en la alzada si proviene del juez; y hasta puede ser confrontado dentro del recurso de Casación, mediante el artículo 312 del Código de Procedimiento Civil.

Resulta un despilfarro probatorio y un ritualismo excesivo, contrario a las previsiones de una justicia idónea, responsable, sin dilaciones indebidas y sin formalismos, que consagra el artículo 26 de la vigente Constitución, que se deba probar formalmente en un juicio, por ejemplo, que la Línea Aeropostal Venezolana es una línea aérea; que fulano es el Gobernador de un Estado;, o que existen bebidas gaseosas ligeras, o que el equipo Magallanes es un equipo de béisbol; o que José Luis Rodríguez es un cantante; o Rudy Rodríguez una actriz; o que una persona fue asesinada, y que su presunto victimario resultó absuelto; se trata de conocimientos de igual entidad que el difundido por la prensa en el sentido que un día y hora determinado hubo una gran congestión de transito en una avenida, o se cayó un puente en ella, etc.

En este tipo de hecho, que no proviene de publicaciones o medios que merecen autenticidad, como lo serían las pruebas documentales, cuyas tarifas legales de valoración están establecidas en los artículos 1359, 1360 y 1363 del Código Civil, y que tampoco se encuentran incorporados en forma estable a la memoria colectiva, no existe presunción alguna de veracidad y por ello queda a criterio del Juez valorarlos exigiendo o no la prueba, si las partes son quienes los alegan, lo que puede ocurrir en cualquier estado o grado del proceso, ya que el hecho puede tener lugar en cualquier tiempo.

No existe en las leyes procesales una oportunidad para que las partes consulten a los jueces sobre su conocimiento del hecho notorio clásico, o del notorio comunicacional, lo que carga a las partes, sobre todo con respecto a estos últimos, a probarlos mediante las publicaciones o copias de los audiovisuales, si es que dudan que el juez no los conozca. A tenor del artículo 432 del Código de Procedimiento Civil los actos que la ley ordena se publique en periódicos son considerados fidedignos, lo que involucra que el periódico que los contiene también los son, salvo prueba en contrario. Ahora bien, si el ejemplar de la prensa se reputa, sin más, que emana del editor en esos casos, y que dicho ejemplar representa la edición de ese día, igual valor probatorio debe tener el periódico como tal en lo que al resto de su contenido expresa.

Pero para el juez, conocedor del hecho, de oficio puede acogerlo y fijarlo en el fallo, siempre que reúna las condiciones que permiten al hecho comunicacional considerarse notorio.

La Sala ha hecho estas consideraciones, porque a este Tribunal consta, ya que reciben los Magistrados a diario un resumen de lo publicado en la prensa, y además existe en este Tribunal Supremo un archivo hemerográfico, que con fecha 22 de octubre de 1999 de manera coetánea en varios diarios de circulación en la ciudad de Caracas, se publicó que en

> el proceso militar que se siguió ante la Corte Marcial contra el General de Brigada Ramón Rodríguez Mayol, y los Coroneles Juan Jiménez Silva y Oscar Silva Hernández, el cual es el mismo proceso identificado en este amparo, fue absuelto el Coronel (Guardia Nacional) Oscar Silva Hernández. En el diario El Universal, de fecha 22 de octubre de 1999 se reseña la noticia, al igual que en el diario El Nacional de la misma fecha, en la página D-7, donde además se reprodujo una gráfica del Coronel Silva Hernández con el subtítulo: "El Coronel Oscar Silva fue absuelto de todos los cargos".
>
> Dicha información se convirtió en un hecho publicacional notorio, que fija como cierto esta Sala, y que demuestra que la posible violación denunciada por el recurrente cesó antes que se dicte decisión en esta Sala desde el amparo aquí identificado, en consecuencia la acción de amparo incoada se hizo inadmisible a tenor del ordinal 1° del artículo 6 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales y así se declara.

Según se desprende de la decisión antes transcrita, el hecho al ser difundido por los medios de información goza de conocimiento de la masa, aún cuando no sea cierto, teniéndose como tal hasta tanto no se demuestre lo contrario, por lo que no importa que el hecho reseñado por los medios de comunicación sea verdadero o falso, lo importante es que el hecho haya sido reseñado como ocurrido, lo cual produce su notoriedad comunicacional, siempre en la medida que no sea desmentido.

El hecho comunicacional a diferencia del hecho notorio tradicional estudiado anteriormente, no requiere que se mantenga en la mente de la comunidad o que perdure en la mente de los ciudadanos, basta que el hecho sea reseñado por varios medios de comunicación en forma uniforme, aún cuando los hechos reseñados sean falsos, considerándose ciertos y verdaderos hasta tanto no se demuestre lo contrario, todo ello a propósito que la notoriedad recae sobre la reseña del hecho, sobre la existencia de un hecho que ocurrió y que se reseñó, no sobre la veracidad de los acontecimientos los cuales mientras no sean desmentidos, se tienen como ciertos. Como puede apreciarse el hecho notorio comunicacional o hecho comunicacional, es un hecho notorio de corta duración, que da certeza de la ocurrencia del hecho reseñado por los medios de comunicación, aún cuando sea falso, siendo ejemplo de éstos hechos notorios comunicacionales son la reseña del equipo de béisbol que se proclame campeón en el año en curso, el acontecimiento de un hecho civil, político, científico y de cualquier naturaleza que revista importancia y que sea reseñado por los medios de comunicación en forma uniforme.

Siguiendo con el análisis de la decisión de la Sala Constitucional encontramos, que según expresa, con en el mundo actual, con el auge de la comunicación escrita mediante periódicos, o por vías audiovisuales, se ha generado la presencia de otro hecho, el cual es un hecho publicitado, que no puede afirmarse como cierto o falso, pero que adquiere difusión pública uniforme por los medios de

comunicación social, por lo que podrían llamarse "hecho comunicacional", que puede tenerse como una categoría entre los hechos notorios, ya que forman parte de la cultura de un grupo social o circulo social en una época o momento determinado, después del cual pierden trascendencia y su recuerdo solo es guardado en bibliotecas o instituciones parecidas, pero que para la fecha se la sentencia, formaba parte del saber mayoritario de un circulo o grupo social.

Que mientras el hecho publicitado por los medios escritos, radiales o audiovisuales sea uniforme, no desmentido y repetido como cierto, el mismo se consolida como verdadero hecho sucedido, aún cuando su recuerdo no se dilate en el tiempo, circunstancias ésta de la cual no escapa el juez, ya que el conocimiento del hecho forma parte de su entorno social, pues éste lee periódicos, oye radio o ve televisión.

Que el hecho publicitario o comunicacional, no es un hecho notorio en el sentido clásico, ya que el mismo puede no incorporarse como permanente a la cultura del grupo social, pero sin embargo, su publicidad lo hace conocido como cierto en un momento dado por un gran sector de conglomerado social, incluyendo al juez, por lo que desde ese ángulo se afirma que forma parte durante épocas de la cultura, así luego desaparezca por ser su importancia o trascendencia relativa en un espacio y tiempo determinado, hecho comunicacional éste que puede ser acreditado en el proceso bien por el juez en forma oficiosa, lo cual no significa lesionar el artículo 12 del Código de Procedimiento Civil, o por las partes a través de los instrumentos contentivos de lo publicado, incluso por grabaciones o videos, los cuales demuestran la difusión del hecho, su uniformidad en los distintos medios y su consolidación, es decir, lo que constituye la noticia, todo ello a propósito, que el juez como conocedor de dicho hecho también puede fijarlo en base a su saber personal, el cual y debido ala difusión, debe ser también conocido por el juez de la alzada o puede tener acceso a él en caso que no lo conociere o dudase.

Que del contenido de los medios de comunicación masivo, existen una serie de hechos cuya captación es limitada, no solo por la forma como se expresan, sino porque no son destacados por todos o por la mayor parte de los medios de una localidad, contenidos éstos que no tienen la característica de ingresar a la cultura del grupo, así sea en forma temporal, en tanto que existen otros hechos, que por estar extensamente difundidos y presentados de manera tal, que son de fácil aprehensión por cualquiera, pasan de inmediato, aunque puntual y transitoriamente, a ser parte del conocimiento del grupo, destacándose entre ellos aquellos que aparecen como información comunicacional veraz y no como opiniones, testimonios, anuncios cuya autoría y veracidad no consta, por lo que de éste residuo se tiene certeza de que los hechos fueron difundidos, mas no de su veracidad, pero el hecho del cual se hace responsable el medio de comunicación y que varios medios lo presentan como sucedido efectivamente, resulta captado por le colectivo como un hecho veraz.

Para que el hecho puede considerarse o calificarse como comunicacional o publicitario, como lo ha señalado la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, deben conjugarse los siguientes elementos:

a. Que se trate de un hecho y no de una opinión o testimonio, ya que la notoriedad recae sobre un hecho acaecido o acontecido y reseñado, no sobre las opiniones que de determinadas circunstancias tengan las personas.
b. Que el hecho sea reseñado por los medios de comunicación escrito radial o visual, en forma uniforme.
c. Que la difusión del hecho sea haga por los medios de comunicación en forma simultánea.
d. Que el hecho reseñado por los medios de comunicación, no haya sido rectificado o desmentido, ya que de lo contrario, se pierde la veracidad o certeza sobre la ocurrencia del hecho, por lo que no debe existir dudas de la existencia del hecho o presunciones sobre su falsedad, circunstancia ésta que ha sido denominada por la Sala como la "consolidación del hecho".
e. Que el hecho acontecido y reseñado por los medios de comunicación, sea contemporáneo con el momento en que se trae o alega al proceso.

Si el hecho notorio comunicacional o hecho comunicacional cumple con los extremos señalados, el mismo se encuentra exento del tema de prueba judicial, ya que siendo del conocimiento de la comunidad como consecuencia de la reseña hecha por los medios de comunicación, reseña ésta de la cual no escapa el juzgador, pues éste también forma parte de la comunidad y se encuentra en el deber de estar informado del acontecer nacional, el hecho no requiere ser demostrado en el proceso.

Pero la calificación de hecho notorio comunicacional o hecho comunicacional y su valoración, no corresponde a las partes, por el contrario corresponde al juez en la oportunidad de emitir su fallo definitivo, no pudiendo hacer ésta calificación o valoración *in limini litis*, ya que en tal caso estaría avanzando opinión sobre el fondo de la causa, lo cual traería como consecuencia su deber de inhibirse o que eventualmente las partes ejercieran su derecho de recusación.

Concluyendo encontramos que siendo el hecho comunicacional del conocimiento del judicante, no requiere ser demostrado en el proceso y se encuentra eximido de prueba, siendo importante destacar que el hecho comunicacional o publicitario, más que un hecho novedoso como lo ha pretendido hacer ver la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, es el mismo hecho notorio cuyo conocimiento ha sido llevado al conglomerado social o a la colectividad, el cual ha sido recibido o adquirido por la colectividad a través de los medios de comunicación, tal como lo expresaron en su momento KISCH, SHÖNKE, LENT y STEIN –ya citados- todo ello a propósito que si el hecho publicitado es de carácter

transitorio o fugas, más que en presencia de un hecho comunicacional, estaremos en presencia de una notoriedad de hecho conforme a los términos estudiados en el punto anterior.

Importa destacar también dos cosas, la primera que lo notorio es la ocurrencia del hecho, no así verdad o certeza, que debe ser acreditado en el proceso, por lo que debemos desligar el hecho publicitario, la existencia física del hecho, de su certeza en cuanto a su contenido, vale decir –insistimos- lo notorio comunicacional es la ocurrencia del hecho publicitado, no su contenido en cuando a la veracidad. Lo segundo es que aquí también hay que destacar la necesidad de que el tribunal fije oportunamente su criterio respecto al carácter comunicacional o no del hecho, lo que debería hacer en un tiempo anterior al de la promoción de pruebas, garantizando así el derecho a la defensa y a la producción de pruebas, tal como lo analizamos al tratar el hecho notorio, sumado a la circunstancia que el hecho notorio requiere ser alegado por las partes y sin ello no puede el juez tenerlo como tal, como erradamente lo indica la sentencia en comento

4.12. Notoriedad Judicial.

Los hechos notorios judiciales como expresa DEVIS ECHANDÍA tuvieron su origen en el Derecho alemán, donde fueron considerados como aquellos hechos conocidos por el juez o tribunal como institución, en razón de su actividad oficial o de procesos anteriores de cualquier naturaleza, como lo señalaran ROSENBERG, KISCH y LENT, citados por el maestro colombiano.[376]

Estos hechos –dice DEVIS ECHANDÍA- no son reconocidos por algunos doctrinarios, como es el caso de FENECH, quien es del criterio que los mismos forman parte del conocimiento privado del juez y en consecuencia deben ser demostrados en el proceso; tampoco lo reconocen ALSINA, COUTURE y ROCHA ALVIRA.

En Venezuela los hechos notorios judiciales no son tema de la prueba judicial, tal como lo ha señalado la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia,[377] quien los concibe como aquellos hechos conocidos por el operador de justicia en el ejercicio de sus funciones, que no pertenecen a su conocimiento privado, por no ser adquirido en forma particular sino en el ejercicio de la función jurisdiccional, de manera que el conocimiento de los hechos notorios judiciales, son adquiridos por el juez como consecuencia del ejercicio de la magistratura y nunca forman parte de su conocimiento

[376] Hernando DEVIS ECHANDÍA Ob. cit. T.I. pp. 231 y ss.
[377] Sentencia dictada por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, N° 1445, en fecha 10 de agosto de 2.001, con ponencia del Magistrado Antonio J. GARCÍA GARCÍA, expediente N° 01-0391.

personal o privado, circunstancia ésta que nos lleva a diferenciarlo con el conocimiento privado del juez y de las máximas de experiencia.

El conocimiento privado del juez como hemos expresado, no es otra cosa que el conocimiento de aquellos hechos que el operador de justicia ha adquirido fuera del proceso jurisdiccional, como consecuencia de sus vivencias personales, hechos éstos diferentes a los notorios judiciales, los cuales no son adquiridos en forma personal sino en virtud del ejercicio de la magistratura y que se encuentran al alcance de todas las personas que se desenvuelven en el foro judicial, es decir, que forman parte del conocimiento común de las personas que laboran en la arena judicial, bien como funcionarios judiciales o como abogados litigantes, de manera que la calificación de notoriedad de un hecho, no se circunscribe al judicante, sino que también debe comprender a los abogados en ejercicio, lo que permitirá en un sistema garantista –que lamentablemente no es el nuestro- la democratización y el control de la calificación del hecho, todo lo que se traduce en que y como explicamos en los puntos anteriores, el juez está en el deber de advertir a las partes de la calificación del hecho como notoriedad judicial, para permitir el control de tal calificación y así garantizar el derecho humano y constitucional de la defensa, ello sin perjuicio que ante la calificación –no garantista- que haga en la sentencia, los recursos servirán para realizar el control, ya no en la instancia sino en la alzada, incluso en Casación.

Ejemplo de esta clase de hechos lo constituyen las decisiones que pueda dictar cualquiera de las Salas de Tribunal Supremo de Justicia, que sean aplicadas por los jueces de instancia -aplicación de jurisprudencias vinculantes o no- sin necesidad de estar incorporadas al proceso o de demostrarse su existencia o contenido, ya que ellas forman parte del conocimiento judicial; otro caso sería, el conocimiento que tiene el juez sobre la existencia de un determinado proceso en su tribunal o en otro, de los días que se despacho o no en el tribunal. En todos estos casos el juez tiene conocimiento de los hechos, lo cual se traduce en que no requieran ser demostrados en el proceso, pero y como indicamos, también requieren ser conocidos y controlados por los abogados.

4.13. Hechos cuya prueba prohíbe la Ley.

También se encuentran eximidos del tema u objeto de la prueba judicial, aquellos hechos cuya investigación se encuentran prohibidos expresamente por la ley, bien por razones de seguridad o defensa de Estado, de moral o de cualquier otro orden, aún cuando puedan ser relevantes y pertinentes a la solución del caso concreto, circunstancia ésta que no puede confundirse con el caso que la ley prohíba la realización de alguna prueba, donde lo prohibido es la prueba, no la investigación del hecho.

CAPITULO V

PRINCIPIOS QUE RIGEN LA ACTIVIDAD PROBATORIA

……………………………………………………………………………………………………

SUMARIO.

1. Principios que rigen la actividad probatoria, Introducción. 1.1. Principio de necesidad de la prueba y de la prohibición al juez de aplicar su conocimiento privado. 1.2. Principio de la unidad de la prueba. 1.3. Principio de la comunidad de la prueba o adquisición procesal. Silencio de Prueba. 1.4. Principio de contradicción y control de la prueba. 1.5. Principio de publicidad de la prueba. 1.6. Principio de formalidad. 1.7. Principio de preclusión de la prueba. 1.8. Principio de libertad probatoria. 1.9. Principio de inmediación, concentración y de dirección del juez en la práctica de la Prueba. 1.10. Principio de originalidad de la prueba. 1.11. Principio de pertinencia de la prueba. 1.12. Principio de idoneidad o conducencia de la

prueba. 1.13. Principio de relevancia de la prueba. 1.14. Principio de licitud de la prueba y de prohibición de obtención coactiva de prueba. a. Tendencia que declara nula e ineficaz la prueba obtenida partiendo de una prueba ilícita. b. Tendencias que considera válida y lícita la prueba obtenida o que sea resultado de una prueba ilícita. 1.15. Principio de inmaculación de la prueba. 1.16. Principio de la autorresponsabilidad o de la carga de la prueba. 1.17. Principio favor probationes.1.18. Principio de prohibición de que las partes no pueden valerse de pruebas constituidas por ellas misma.1.19. Principio de libre apreciación. 1.20. Principio de separación del investigador y juzgador. 1.21. Principio de imparcialidad en la actividad probatoria. 1.22. Principio de competencia en la actividad probatoria. 1.23. Principio de igualdad probatoria. 1.24. Principio del deber de las partes de colaborar en la actividad probatoria.

1. PRINCIPIOS QUE RIGEN LA ACTIVIDAD PROBATORIA. Introducción.

En capítulos anteriores al referirnos a la ciencia procesal hemos dicho, que la misma se conforma fundamentalmente por tres institutos a saber: la "jurisdicción", la "acción" y el "proceso", este último –pero no por ello menos importante- en su evolución histórica y como instituto fundamental de la ciencia procesal, cobra autonomía luego de los estudios del profesor alemán Oskar VON BÖLUW en 1868,[378] especialmente con el trabajo intitulado "*La Teoría de las Excepciones Procesales y los Presupuestos Procesales"*, referido al análisis de excepciones y presupuestos procesales en el Derecho Romano, donde no se llegó a conocer la distinción, pues todo fue concebido como excepciones a dilucidar en la fase previa del procedimiento, esto es, en la llamada fase "*in iure*" que precedía a la llamada "*in iudicio*"; señaló el profesor alemán que una cosa eran las excepciones y otra los presupuestos procesales que debían ser decididos en una fase previa al proceso y de oficio.

Tras los estudios de VON BÖLUW se dio autonomía al proceso judicial, cuando se refirió a los presupuestos procesales indistintos y separados del derecho sustancial o material debatido y subyacente, siendo estos presupuestos los siguientes: 1. La jurisdicción; 2. La competencia; 3. La capacidad para ser parte en el proceso; 4. La capacidad procesal; 5. La capacidad de postulación; 6. Demanda técnica o requisitos de la demanda; 7. Trámite procesal adecuado o debido proceso; y 8. Ausencia de caducidad.

El "proceso", terminología de razón latina, proviene de la palabra "*processus*" referido a ir hacia adelante, caminar, que proviene a su vez del Derecho Canónico, de origen Canónico a diferencia del "juicio" que es de origen ibérico y tratado en Roma como "*iuditium*" lo que se distingue de procedimiento, de juicio y de litigio.

Pero **¿Qué es el proceso?**

El "proceso" es un conjunto concatenado o coordinado de actos procesales, que se producen como consecuencia del ejercicio del derecho de "acción" para la obtención de la "jurisdicción", mediante el dictado de una sentencia como máxima expresión que declare la voluntad de la ley en cada caso

[378] Oskar VON BÜLOW. La Teoría de las Excepciones Procesales y los Presupuestos Procesales. Traducción de Miguel Ángel Rosas Lichtschein. Ediciones Jurídicas Europa-América. Buenos Aires, 1964.

concreto, que tutela los derechos de los justiciables para el mantenimiento de la paz y armonía social, y que comprenderá los actos de ejecución de lo decidido y la fuerza pública si es necesario.

Lo anterior conduce a precisar como elementos caracterizadores de la definición a saber:

a. Se trata de un conjunto concatenado, secuencial o coordinado, pero lógico y razonable de actos procesales, que tienden a obtener la solución de un conflicto o la tutela de los derechos de los justiciables para el mantenimiento de la paz y armonía social, mediante el dictado del acto sentencial –jurisdicción- que declare la voluntad de la ley. Luego, se trata de actos dentro del marco del proceso debido, que se inician con el acto procesal de la demanda o acusación de parte –principio dispositivo o acusatorio- que materializa el derecho constitucional de "acción" como derecho subjetivo y abstracto ubicado enmarcado en la tutela judicial efectiva a que se refiere el artículo 26 constitucional, donde se dirige la pretensión contra otro sujeto de derecho, quien tendrá el pleno ejercicio de su derecho defensivo, para dar paso a los actos probatorios y de debate –oral o escrito- que culminarán con ese señalado acto sentencial, recurrible y ejecutable eventualmente.
b. En el marco del proceso intervienen fundamentalmente dos actores estelares, como lo son el demandante o acusador para el proceso penal que ha puesto en funcionamiento el aparato jurisdiccional mediante el ejercicio del derecho de "acción", para obtener el reconocimiento y satisfacción de su "pretensión"; y el demandado –cuando son procedimientos de corte contencioso- quien como antagonista contra quien se dirige el derecho de pretensión, tendrá la debida oportunidad de ejercitar sus defensas y pruebas que enerven la exigencia judicial inicial, sin perjuicio que en el proceso penal está amparado por el estado de inocencia. Pero al lado de estos sujetos, también se encuentra el *judex*, quién regido por un conjunto de principios que delinean y delimitan su actuación judicial, para poder calificarla de debida constitucionalmente, así como de objetiva e imparcial, debe resolver el conflicto –sujeto heterocomponedor o tercerizador- mediante el dictado de la sentencia que se presenta como un juicio razonable, racional, lógico y volitivo.
c. Lo anterior nos conduce a señalar que se establece una relación triangular, donde existe actividad procesal de cada sujeto para alcanzar el fin judicial.
d. El fin del proceso judicial no será otro que la obtención del juicio decisorio, del juicio jurisdiccional que ponga fin al problema sometido al órgano judicial, lo que desde la visión constitucional se traduce en la realización de la justicia como valor superior del ordenamiento jurídico.

Al referirse a la noción de proceso nos dice el maestro COUTURE,[379] que el mismo tiene con fin la búsqueda de la verdad, mediante la exposición de la tesis, de las antítesis y de la síntesis, mejor dicho, en la presentación el ejercicio de la pretensión mediante la demanda o acusación que materializa la acción, el ejercicio del derecho a la defensa que contiene la excepción y el dictado de la sentencia judicial que resuelve el conflicto judicial sometido al conocimiento del órgano jurisdiccional, lo que en nuestro esquema constitucional y en los términos previstos en el artículo 257, tiene como finalidad la realización de la justicia, la cual a tenor de los preceptuado en el artículo 26 constitucional, debe ser gratuita, accesible, imparcial, idónea, transparente, autónoma, independiente, responsable, equitativa, expedita, sin dilaciones indebidas y sin formalismos, elemento éste último que equivale a que la Justicia como valor superior del ordenamiento jurídico, debe prevalecer frente a las formas, tal como lo preceptúa el artículo 2 *ibidem*.

Si bien el proceso se encuentra revestido de informalidad o ausencia de formalidades, circunstancia ésta indefinida por el Constituyente y que ha ocasionado el relajamiento de normas procesales, pues el artículo 26 de la Constitución contempla la ausencia de formalismos, en tanto que la norma contenida en el artículo 257 *ejusdem*, establece la ausencia de "formalidades no esenciales", de lo cual se infiere una clara contradicción de las normas constitucionales, siendo la informalidad la ausencia de formalismos innecesarios que entorpezcan el fin del proceso, es decir, la realización de la Justicia, el Constituyente además de no sentar posición en cuanto a lo que debe entenderse por un formalismo, indistintamente se refirió a la ausencia de formalismos y a la ausencia de formalidades inútiles, hecho éste que ha traído como consecuencia desde los inicios de la actual Constitución, el relajamiento de los principios, normas y lapsos procesales que de una u otra manera destruyen la institución del proceso, sin perjuicio que la gran culpa de todo ello se debe al Tribunal Supremo de Justicia, quien ha sido el primero en propiciar y tolerar la destrucción del derecho y del Estado constitucional y democrático, colocándose al margen de la Constitución y de la Ley, sirviendo como brazo ejecutor de las políticas del gobierno de turno, empecinado en el establecimiento a la fuerza de un sistema socialista-comunista que fuera rechazado por mandato popular a través del referendo consultivo negado años atrás. No obstante a ello, refiriéndonos al proceso judicial, debemos indicar que en puridad de verdad, no es sino un conjunto de formalidades procesales creadas por el legislador, que tienen por fin último el pronunciamiento del órgano jurisdiccional que dirima el conflicto sometido a la jurisdicción, el cual ha sido considerado como apto e idóneo para la tramitación de la controversia.

En este sentido el proceso judicial no es otra cosa que el agrupamiento de un conjunto de circunstancias que delimitan, delinean y guían la forma como se desenvuelve en estrados el conflicto judicial, circunstancias éstas que constituyen las formalidades o formalismos que garantizan el

---

[379] Eduardo J. COUTURE. Ob. cit. pp. 121 y ss.

cumplimiento de los derechos constitucionales de aplicación procesal y el buen trámite del proceso, lo cual no es otra cosa que las formalidades que lo rigen y sin las cuales, no pudiera hablarse del debido proceso legal.

Insistiremos que el hecho que la Constitución coloque a las formalidades en un segundo plano, no quiere decir que el proceso pueda relajarse a voluntad de las partes o del operador de justicia, tomando como bandera la "ausencia de formalismos", pues no puede concebirse un proceso totalmente alegado de las formas, ya que el debido procesal legal no es más que otro derecho constitucional de mayor rango que los formalismos y que debe ser garantizado por el Estado, especialmente por el Poder Judicial por conducto de sus jueces, quienes deben velar por el cumplimiento de esa serie de aspectos fundamentales o elementos que en puridad de verdad, constituyen formalismos tendientes a garantizar el precitado debido proceso legal y una tutela judicial efectiva, tales como el acceso a la justicia, el derecho a obtener una decisión motivada, congruente y que no sea jurídicamente errónea, el derecho a recurrir de las decisiones gravosas o que causen perjuicio, el derecho a la ejecución de los fallos, el derecho a la defensa, a ser juzgado por los jueces imparciales y naturales, el derecho a un interprete y entre otros derechos, de acceder al sistema probatorio, entre otros derechos constitucionales de aplicación procesal que conforman ese debido proceso al que nos referimos.

Pero el proceso además de encontrarse revestido de formalidades que deben ser garantizadas, no debemos perder de vista que también se encuentra revestido y regido de un conjunto de principios que orientan no solo su tramitación, sino la forma de actuar o conducta de las partes, representantes judiciales, defensores, funcionarios auxiliares y del propio operador de justicia, de manera que los principios constituyen los criterios, directrices, reglas y orientaciones que rigen las situaciones que puedan surgir en el proceso, como las actuaciones de las partes, representantes y operadores de justicia, que permiten y garantizar el buen funcionamiento de los derechos de los ciudadanos, no solo se carácter procesal, sino particular y primariamente, de carácter constitucional, lo cual nos permite afirmar, que en materia de principios procesales, existen aquellos de carácter "constitucional" que rigen para todos los procedimiento, aquellos de carácter "procesal" que rigen para todos los procedimiento y aquellos que solo rigen para "determinados" procesos.

Estos principios que rigen la actividad procesal, de las partes y del órgano jurisdiccional, también se ubican en el tema de la prueba, especialmente en cuanto a su funcionamiento, aplicación de las reglas probatorias, proposición, admisión, evacuación y valoración de las pruebas, principios que no se refieren a un determinado sistema probatorio, sino que en el marco de una teoría general del proceso y de la prueba, orientan la actividad de una manera general aplicada y aplicable a cualquier clase de procedimiento judicial.

En esta misma línea argumentativa podemos citar a GONZALEAZ NAVARRO quien nos dice que la prueba en su acepción general está orientada a un fin de demostración, fin que no justifica el medio de consecución de la propuesta probatoria, para lo cual se ha acordado por parte de la doctrina y de la jurisprudencia una serie de principios, postulados o reglas que orientan el campo de acción de las pruebas, que en el campo del sistema de procedimientos orales y especialmente el penal, existe la necesidad de comprender los niveles del procedimiento bajo esquemas acusatorios, donde deben garantizarse pilares como la contradicción encarrilados sobre postulados de inmediación, publicidad, contradicción, concentración y oralidad como técnica para el desarrollo del debate. Destaca el autor colombiano en comento, que la prueba y los principios que la gobiernan no tienen "sexo", al ser exactamente iguales en todos los procedimientos, aún cuando lo que cambia es la concepción ideológica de la prueba cuando ingresa al proceso, pero respecto a los medios el tema es exactamente igual,[380] de ahí y como hemos expuesto en los capítulos iniciales, es idóneo hablar de una teoría de la prueba generalizada y no parcializada, lo que es difícil cuando nuestros profesores generalmente analizan el tema probatoria desde sus limitadas visiones civilistas, penalista, laboralistas o de otras áreas, sin entender que es una teoría unitaria aplicada a cada rama, conforme a su propia especialidad, lo que conduce a un resultado errado, como lo es la penetración en la mente de nuestros estudiantes de creer que los procesos judiciales y sus principios mutan por el tipo de materia que se trate, lo que empeora cuando estos estudiantes luego profesionales llegan a ocupar altos cargos y en su confusión sumado a la mediocridad, defiende parcialidades, posturas y pretendidas autonomías procesales, que es producto de su mala formación, sus propias limitaciones y complejos, siendo ejemplo de esto los procedimientos y principios en los sistemas como laboral, de niños, niñas y adolescentes, así como en el contencioso administrativo.

En este mismo sentido KIELMANOVICH para quien en la teoría general de la prueba y en los diversos enunciados que resultan comunes a la teoría general del proceso, se presentan principios generales que vinculan la admisibilidad, conducencia y valoración de la eficacia de los medios probatorios.[381]

Sin perjuicio de lo dicho hasta ahora los principios generales de la teoría de la prueba que analizaremos en el presente capítulo, de aplicación por igual en cualquier clase de procedimientos y sin agotar su lista podemos enunciarlos de la siguiente manera:

---

[380] Antonio Luís GONZÁLEZ NAVARRO. La Prueba en el Sistema Penal Acusatorio. Editorial Leyer. Bogotá, 2011. P 62.

[381] Jorge KIELMANOVICH. Ob. cit. p. 53. También puede verse en este sentido a DECIS ECHANDIA. Ob. cit. T.I p. 114.

a. Principio de necesidad de la prueba judicial y de la prohibición de aplicar el conocimiento privado del juez.
b. Principio de la unidad de la prueba.
c. Principio de la comunidad de la prueba.
d. Principio de contradicción y control de la prueba.
e. Principio de publicidad de la prueba.
f. Principio de formalidad.
g. Principio de preclusión de la prueba.
h. Principio de libertad probatoria.
i. Principio de inmediación y de dirección del juez en la práctica de la Prueba.
j. Principio de originalidad de la prueba.
k. Principio de pertinencia de la prueba.
l. Principio de idoneidad o conducencia de la prueba.
m. Principio de relevancia de la prueba.
n. Principio de licitud de la Prueba.
o. Principio de prohibición de obtención coactiva de los medios probatorios.
p. Principio de inmaculación de la prueba.
q. Principio de la auto-responsabidad o de la carga de la prueba, también conocido como cláusulas de cierre.
r. Principio *favor probationes*.
s. Principio de prohibición que las partes no pueden valerse de pruebas constituidas por ellas mismas.
t. Principio de libre apreciación.
u. Principio de separación del investigador y juzgador.
v. Principio de imparcialidad en la actividad probatoria.
w. Principio competencia en la actividad probatoria.
x. Principio de igualdad probatoria.
y. Principio del deber de las partes de colaborar en la actividad probatoria.

De seguidas pasamos a llenar de contenido cada uno de ellos.

1.1. Principio de necesidad de la prueba y de la prohibición al juez de aplicar su conocimiento privado.

La sentencia judicial debe ser elaborada por el operador de justicia, partiendo de la cuestión de hecho que se debata y pruebe en el proceso, para así construirse la premisa menor del silogismo judicial o cuestión de hecho, la cual deberá ser subsumida en la normativa legal que el juzgador considere idónea y correcta de aplicar al caso concreto, lo cual constituirá la premisa mayor del silogismo judicial, para en definitiva resolver la controversia conforme al efecto jurídico que señale la norma. Lo dicho no es más que la aplicación de la teoría general del proceso al derecho probatorio, donde el judicante actuará en la medida que se ejercite el derecho constitucional y humano de acceso a la justicia –acción- mediante una demanda o acusación contentiva de una pretensión que a su vez, contendrá la afirmación o enunciado de hechos que son presupuesto o supuesto de las normas contentivas de las consecuencias jurídicas constitutivas, extintivas, impeditivas o modificativas buscada las partes, lo que en el marco de un proceso constitucional y debido, al tratarse de procedimientos contenciosos deberá garantizársele al demandado o acusado el ejercicio de su derecho constitucional y también humano a la defensa –quien podrá o no ejercitarlo en forma efectiva- que en virtud de la controversia y la traba de la litis según la dialéctica procesal, dará paso al momento probatorio que permitirá a las partes aportar los medios que llevarán las fuentes al proceso, todo lo cual terminará con una decisión que deberá atenerse a lo alegado y probado –principio dispositivo, acusatorio y de congruencia- donde previa la certeza y convicción sobre los hechos afirmados estableciéndose en consecuencia los mismos, conducirá a la aplicación de la norma y en definitiva la declaratoria de la voluntad de la ley en el caso concreto.

En este estado del asunto es importante recordar que el tema de la prueba son precisamente los hechos, aunque excepcionalmente lo puede ser el derecho, sin perjuicio que éste último sea conocido por el juzgador –*iura novit curia*- pero en cuanto a los hechos que se debaten o controvierten en el proceso, no pueden ser fijados por el juez o ser tenidos como ciertos partiendo del conocimiento privado o particular que de los mismos tenga por haberlos percibidos fuera del proceso, ya que para el establecimiento de los hechos, la construcción de la premisa fáctica que debe tenerse en la sentencia, resulta impretermitible la existencia de una actividad probatoria que generalmente es de las partes, aunque también puede ser ordenada por el judicante, mediante la cual se propondrán los medios probatorios que servirá para allegar las fuentes que son precisamente las que permitirán al *judex* la verificación de los hechos afirmados por las partes, por comparación con las fuentes aportadas, lo que en definitiva permitirá crear certeza judicial sobre los hechos debatidos.

En este sentido el juzgador para la construcción de la premisa de hecho, para tener como fijados o establecidos los hechos concretos del caso que aplicará o subsumirá en la norma jurídica para producir la consecuencia que en definitiva resuelva el conflicto judicial, requiere de la existencia de material

probatorio, vale decir, de la actividad probatoria que permita allegar fuentes que permitan acreditar hechos debatidos, lo que en el marco de los procesos en Estados democráticos, de Derecho y de Justicia, constitucional y garantista, debe ser el producto y consecuencia de dos cargas a saber: carga de la alegación y carga de la prueba, pues los hechos es cuestión que debe ser aportado por las partes y que le está vedado al judicante, pues recordemos también que su función no es investigadora sino verificadora; respecto a la carga de la prueba sino bien en principio toca a las partes, en determinados casos y sin suplir actividad de partes, el judicante puede tomar partido del asunto.

Lo dicho hasta ahora nos permite afirmar que en el marco del proceso judicial, el dictado de la sentencia como acto más importante de la jurisdicción y que no la agota, convergen dos elementos fundamentales: el primero que es la cuestión de hecho, donde deben establecerse los mismos; y el segundo la cuestión de derecho, donde el judicante debe escoger, interpretar y aplicar la normas para la producción de la consecuencia jurídica que resuelva el caso concreto. En el primero de los escenarios referidos al aspecto fáctico, el tema probatorio es esencial, pues solo a través de la prueba en su noción amplia como actividad, medio, fuentes y resultado es que podrá aplicarse una determinada norma jurídica al caso concreto y precisamente, la forma como establecer o fijar los hechos del caso, será a través de la actividad probatoria, ello sin perjuicio que los hechos puedan quedar establecidos por "estricta legalidad" -al ser admitidos, reconocidos expresa o tácitamente, incluso confesados, por ser notorios y estar eximidos de prueba, así como por estar amparados por presunciones *iuris et de iure*- por máximas de experiencia y por sucedáneo de pruebas -por carga probatoria- criterio éste que también expresa el maestro panameño Jorge FÁBREGA al señalar que el principio de la necesidad de la prueba no es absoluto, pues en numerosas situaciones la sentencia puede fundarse en hechos no probados, tales como hechos admitidos o reconocidos por las partes, hechos notorios, hechos presumidos y en determinados casos por hechos que el juez tenga constancia en su despacho.[382]

Sin perjuicio de lo indicado, lo cierto es que la actividad probatoria es necesaria parea la fijación de los hechos, lo que de inmediato permite afirmar que el juez tiene interdicción de aplicar su conocimiento privado, esto es, la ciencia que conoce fuera del proceso y que le pertenece de manera exclusiva, no compartida con los demás miembros de la sociedad, como sucede con los hechos notorios y las máximas de experiencia como conocimiento vulgar o empírico de los hechos que puede tener cualquier persona común. Solo partiendo de las pruebas es que puede establecer o fijarse los hechos, lo que es garantía constitucional que permite el control de la actividad jurisdiccional, a propósito y más importante, que permite un debate judicial garantista y respetuoso del debido proceso, pues las pruebas que servirán para la convicción judicial precisamente lo serán aquellas allegadas al proceso en forma

---

[382] Jorge FÁBREGA. Ob. cit. p. 107. Véase también Hernando DEVIS ECHANDÍA. Ob. cit. T.I. pp. 155 y ss.

debido, no solo desde la noción lícita sino también legal, donde las partes hayan tenido acceso a las mismas y la posibilidad de controlarlas y contradecirlas, más aún, debatirlas, especialmente en el marco de los sistema orales donde deben a su vez garantizarse principios como la inmediación, concentración, bilateralidad o contradictorio y la imparcialidad, entre otros.

Insistamos que conforme al principio dispositivo que rigen el destino de los procesos judiciales –artículo 12 del Código de Procedimiento Civil- así como el acusatorio, el juez debe atenerse a lo alegado y probado en autos, sin sacar elementos de convicción fuera de éstas ni suplir excepciones o argumentos de hecho no alegados ni probados en autos –principio dispositivo, acusatorio y de congruencia- máxima ésta que encuentra su ubicación en el aforismo romano *Judex Secundum alligata et probata a partibus debet; quod non est in actis, non est in hoc mundo*, que significa, el juez debe juzgar según los alegado y probado por las partes, pues lo que no consta en el proceso no existe en el mundo jurídico.

Son las partes en el proceso quienes no solo tienen la carga de la afirmación, esto es, la carga de alegar o excepcionar los hechos en que fundamentan su pretensión o excepción –hechos constitutivos, extintivos, impeditivos o invalidativos y modificativos- sino también la carga o el interés de aportar al proceso las pruebas que demuestren tales hechos cuando han sido controvertidos o discutidos, pues el juez por los principios dispositivo y acusatorio ya señalados, aunque penetrado por el inquisitivo al preverse la posibilidad de ordenar actividades probatorias oficiosas, salvo los casos permitidos por la ley y sin que pueda suplirse la actividad probatoria de las partes, no puede buscar las pruebas de oficio, dado que son las partes quienes tienen que aportar al proceso las fuentes probatorios que demuestren sus extremos de hecho; son las partes quienes tienen el interés de llevar al órgano jurisdiccional, los medios probatorios que lleven las fuentes que provocarán el convencimiento del juez sobre los hechos controvertidos.

Por consiguiente y conforme a los principios en estudio, las pruebas se hacen necesarias en el proceso para convencer al operador de justicia sobre los hechos que se discuten y se someten al criterio jurisdiccional, más aún, para crear la certeza o convicción judicial que permitirá el establecimiento o fijación del *factum*, siendo las partes quienes tienen la carga de aportar al proceso las mismas, ya que el decisor no puede suplir la deficiencia o negligencia probatoria de las partes, pues su facultad oficiosa en materia probatoria no ha sido creada con la finalidad de suplir la actividad probatoria de las partes, sino para que el magistrado judicial complemente su ilustración sobre los hechos debatidos en el proceso, bien a través de la búsqueda de las pruebas que tiendan a demostrar las afirmaciones hechas por las partes, bien para aclarar hechos que aparecen dudosos u obscuros, por lo que la necesidad de la prueba en el proceso es fundamental.

BACRE al referirse al principio en estudio expresa, que se refiere a la necesidad de que los hechos sobre lo cuales debe fundamentarse la decisión judicial estén demostrados con pruebas aportadas al proceso por cualquiera de los sujetos procesales y que no sean suplidas por el conocimiento personal o privado que de ellos tenga el juez, lo que se traduciría en desconocer la publicidad y el control que en esta materia debe imperar para la validez de todo medio probatorio, a lo que se suma el hecho que una decisión dictada en esta forma impediría su control vía recursiva. Señala que el juez debe juzgar conforme a lo alegado y probado, porque para él, lo que no conste en el proceso no existe en el mundo.[383]

No obstante a lo anterior, mención especial debe hacerse en materia laboral, partiendo del contenido del artículo 6° de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo que señala […] *El Juez es el rector del proceso y debe impulsarlo personalmente, a petición de parte o de oficio, hasta su conclusión. A este efecto, será tenida en cuenta también, a lo largo del proceso, la posibilidad de promover la utilización de medios alternativos de solución de conflictos, tales como la conciliación, mediación y arbitraje. Los Jueces que han de pronunciar la sentencia deben presenciar el debate y la evacuación de las pruebas, de las cuales obtienen su convencimiento. Parágrafo Único: El Juez de Juicio podrá ordenar el pago de conceptos, como prestaciones o indemnizaciones, distintos de los requeridos, cuando éstos hayan sido discutidos en el juicio y estén debidamente probados o condenar al pago de sumas mayores que las demandadas, cuando aparezca que éstas son inferiores a las que corresponden al trabajador de conformidad con esta Ley y con lo alegado y probado en el proceso, siempre que no hayan sido pagadas."* Conforme a la norma transcrita el juez puede ordenar el pago de conceptos como prestaciones o indemnizaciones distintos de los "requeridos" por el accionante, siempre que hayan sido discutidos y estén debidamente demostrados o probados en el proceso, pero **¿cómo puede discutirse un concepto laboral no requerido? ¿Cómo puede demostrarse un hecho no requerido, alegado por las partes?**

En el proceso laboral un hecho puede ser discutido y demostrado en el proceso, siempre que haya sido objeto del debate judicial y por demás controvertido, pues de lo contrario estaremos no solo ante la presencia de un hecho impertinente sino ante una prueba impertinente; pero cuando la ley permite al operador de justicia condenar a un concepto no "requerido" –entiéndase pedido o solicitado- pero discutido y probado, observamos que se trata de un hecho alegado en la demanda como fundamento de la pretensión, controvertido en la contestación pero que no fue objeto de pedimento –*petitum*- expreso, vale decir, que el accionante expuso el hecho como fundamento de su afirmación o negación –pretensión- el cual fue rebatido por el demando, pero que en el petitorio de la demanda, no fue reclamado el derecho que le correspondía por concepto de prestaciones o indemnizaciones. En este caso estamos ante la presencia de la inexistencia en materia laboral del vicio de *ultrapetita* -aunque contradictoriamente el artículo 160.4 regula como vicio de la sentencia capaz de conducir a su nulidad precisamente la mentada

---

[383] Aldo BACRE. Ob. cit. pp. 13 y 14.

“ultrapetita”- pero en todo caso para que el juzgador pueda condenar a mas de lo pedido o “requerido”, debe decidir congruentemente, es decir, según lo alegado y probado por las partes, lo que demuestra que aparentemente lo que se permite es conceder mas de lo pedido siempre que los hechos en que se fundamente la reclamación no solicitada en el petitorio, hayan sido discutidos en el proceso –traídos por las partes y controvertidos- y demostrados, pues de lo contrario, sino nunca existió el derecho alegado por la parte accionante, si no fue afirmado o negado el hecho y demostrado en el proceso, aún cuando no fuere pedida la consecuencia de la norma –requerimiento- el juzgador no podría incurrir “legalmente” en *ultrapetita*, pues mas bien estaría incurriendo en incongruencia positiva como vicio de la sentencia. Lo anterior nos permite afirmar que en teoría y no obstante a la señalada contradicción, será viable y legal la *ultrapetita*, cuando el concepto laboral no haya sido “requerido” –pedido- pero los hechos en que se fundamente hayan sido alegados y demostrados, de lo contrario, el juzgador incurriría en incongruencia positiva.

Igual circunstancia se repite en materia de condena de pago de sumas mayores a las reclamadas, cuando conforme a la ley y a lo alegado y probado en autos, correspondan al trabajador y no hayan sido pagadas, lo que siempre requerirá de prueba de los hechos.

Todo lo anterior nos lleva a expresar, que incluso la facultad que se le otorga al juzgador en materia procesal laboral conforme a la norma en comento, requiere siempre de la presencia de material probatorio que demuestre el derecho que corresponde a las partes, especialmente al accionante, aún cuando no lo haya solicitado en la demanda –conceptos laborales no reclamados o pago de mayores sumas- no pudiendo en estos casos el juzgador, ante la ausencia de pruebas, aplicar su conocimiento privado y posteriormente o consecuencialmente la norma.

Resumiendo tenemos que no obstante a que en el proceso los hechos pueden quedar fijados o establecidos por estricta legalidad, por máximas de experiencia o por sucedáneo de pruebas, la regla general es que sea a través de la actividad probatoria, mediante las fuentes que lleven las partes a través de los medios probatorios que propongan o que el juez pueda acordar de oficio conforme a las actividades previstas constitucional y legalmente, lo que permitirá el cumplimiento de principios constitucionales y legales como el dispositivo atenuado, acusatorio y la congruencia, que a su vez permiten el ejercicio y garantía a los derechos constitucionales y humanos de la defensa, que en materia probatoria esencialmente observamos a través de la oralidad, inmediación, publicidad, concentración y especialmente de la contradicción y bilateralidad que permite conocer y controvertir la actividad probatoria, que en definitiva conducirá a la prueba en su noción procesal como convicción o certeza. Esta necesidad de la prueba interdicta la posibilidad del establecimiento de los hechos al margen de la misma –actividad probatoria- que sin perjuicio de otras formas de establecimiento de los hechos, impide al judicante aplicar el llamado

conocimiento privado que se presenta o materializa un actuar arbitrario e imparcial que no permite a las partes conocer la forma como éste construyó la cuestión fáctica e inmediatamente imposibilita la capacidad de control por la vía recursiva, generando en definitiva lesión de los derechos constitucionales mínimos como la imparcialidad judicial, seguridad jurídica, confianza legítima, defensa y derecho al sistema de pruebas, tal como sucedería en los sistemas de procedimiento inquisitivos, arbitrarios, antidemocráticos y propios de regímenes totalitarios.

1.2. Principio de unidad de la prueba.

También conocido como valoración integral o conjunta de la prueba, se trata que los medios probatorios que propongan la partes para la aportación de las fuentes tendientes a corroborar los hechos por comparación con los enunciados contenidos en la pretensión o excepción, sean aportados por las partes u ordenados por el judicante a través de los diferentes medios probatorios, deben ser analizadas en conjunto, para confrontarlas, vincularlas y valorarlas, no pudiendo ser analizadas en forma separada, ya que la suma de todas las pruebas –en su noción general señalada- en definitiva solo tienen un fin, el cual no es otro que acreditar la existencia o fijación de los hechos expuestos por el actor o acusador como fundamento de su demanda o acusación, o expuestos por el demandado o acusado como fundamento de su excepción o defensa, para producir la certeza o convicción judicial, ya que solo una de las partes es quien tendrá la razón en el proceso, será beneficiado con la convicción judicial producto de la actividad probatoria.

En este sentido tenemos que el juzgador al momento de construir su fallo en su inmensa soledad al final del camino procesal, debe atenerse a lo alegado y probado en autos, es decir, debe construir la premisa menor fáctica de la sentencia mediante la fijación o establecimiento de la cuestión de hecho, que debe realizar partiendo de las afirmaciones o negaciones que han realizada las partes en la causa y según las pruebas –en su noción general- que acrediten tales afirmaciones o negaciones, razones o argumentos que llegan al proceso por conducto de los medios de probatorios regulados o no en la ley, medios probatorios acreditativos de los hechos controvertidos que pueden variar según la utilización que de ellos hagan las partes, conforme o no al elenco establecido en la ley –pruebas legales o libres- que al final deben conjugarse, sumarse, confrontarse, para servir al judicante en la fijación de los hechos y convicción respecto a los enunciados fácticos, todo lo que representa una unidad que informa el principio que analizamos.

Consecuencia de lo anterior es que si bien en el proceso existen diversos medios probatorios, que pueden ser aportados tanto por la parte accionante o acusador como por la parte demandada o

acusado, incluso traídos oficiosamente por el juzgador, éste debe analizar, concordar y valorar los mismos en forma global o integral, pues la suma de todas éstos será lo que lo llevará al convencimiento sobre las afirmaciones o negaciones de hecho debatidas y que influirán en su ánimo al momento de ap0licar e interpretar la norma jurídica que contenga la consecuencia aplicable al caso que se trate.

Con relación a este principio KIELMANOVICH señala, que el mismo se encuentra íntimamente ligado con el principio de inmediación que impone como regla la consideración de la prueba en su conjunto, pues en muchas ocasiones la certeza no puede obtenerse mediante una apreciación aislada o fragmentada de la prueba, sino aprehendidos en su totalidad. [384]

También LÓPEZ BLANCO se pronuncia al respecto indicando que el principio de unidad consiste en que las pruebas deben ser analizadas en su conjunto, buscando precisar lo que de su análisis integral puede extraerse para llevar la certeza sobre los hechos cuya comprobación se pretende.[385]

FÁBREGA expresa que los elementos probatorios integran una unidad, una "masa" de prueba que el juez debe analizar de manera aislada y comprobar hasta que punto coinciden y en qué puntos divergen, examinando la relación interna entre ellos y apreciándolos globalmente.[386]

1.3. Principio de la comunidad de la prueba adquisición procesal. Silencio de prueba.

Como se ha venido argumentando en el proceso lo importante no es quien aporte al mismo las pruebas demostrativas de las afirmaciones o negaciones controvertidas, concretamente los medios probatorios que introduzcan las fuentes que produzcan convencimiento o convicción judicial al poder verificar los hechos enunciados o afirmados por las partes como fundamentos de sus pretensiones o excepciones, es decir, al juez no le importa quien aportó la prueba de los hechos controvertidos en el proceso, al juez lo que le interesa es que dicha prueba curse en autos, pues existe la necesidad de la prueba para inclinar la balanza a favor o en contra de alguna de las partes y solo ante la ausencia de material probatorio, para no producir una sentencia absolutoria, es que podrá acudirse a la carga de la prueba como regla de juicio que indicará contra quien debe fallarse.

En este sentido las pruebas –en su noción general que incluye actividad probatoria, medios y fuentes- legalmente incorporadas al proceso, no pertenecen a la parte que la aportó, no son patrimonio exclusivo de ella sino que son "expropiados" para el proceso, de donde se deduce, que la parte que aporte

---

[384] Jorge KIELMANOVICH. Ob. cit. p. 53.
[385] Hernán Fabio LÓPEZ BLANCO. Ob. cit. T. III. pp. 30 y 31.
[386] Jorge FÁBREGA. Ob. cit. p. 114.

las pruebas de los hechos debatidos no necesariamente se verá beneficiado con las mismas, siendo perfectamente viable que dichas pruebas favorezcan a la parte que no las aportó, dicho de otra manera, que perjudiquen a su aportante o proponente. Conforme al principio de la comunidad de la prueba las mismas no pertenecen a su promovente, pertenecen o se expropian para el proceso y será el juez quien las valorará a favor de la parte a quien beneficie, la cual puede o no identificarse con su promovente, siendo en consecuencia las pruebas propiedad del proceso una vez que han sido legalmente incorporadas al mismo, haciéndose irrenunciables o indisponibles por sus promoventes, circunstancia ésta que nos lleva a formular la siguiente interrogante: **¿Cuándo las pruebas se encuentran legalmente incorporadas al proceso y se expropian para el mismo?**

La pregunta presenta la complejidad ya que la doctrina es vacilante, pues y como veremos algunos se inclinan por la tesis que la prueba una vez propuesta por las partes, se hace del proceso y en consecuencia salen del patrimonio de las partes, haciéndose irrenunciable e indisponible; otros identifican esta consecuencia cuando las pruebas son admitidas por el órgano jurisdiccional; en tanto que también se observa la corriente que considera que la plenitud del principio de comunidad de la prueba que identifica su propiedad, no con la parte que la propuso sino con el proceso, a partir del momento que sus resueltas constan en las actas procesales, es decir, cuando la prueba ha sido evacuada o materializada.

Dice FÁBREGA que los elementos probatorios, especialmente las fuentes allegados al proceso, están sustraídos de la disponibilidad de las partes, de manera que el juez deberá tomar de manera ilimitada la prueba, haciendo abstracción de la parte que la produzca, todo lo que se materializa a partir del momento en que es incorporada, aún sin el consentimiento de la parte contraria, pues la prueba tiene valor o carece de él, caracterizando a la prueba su elemento intelectivo y no volitivo. El maestro panameño con fundamento a las normas que rigen en su país indica, que la prueba una vez propuesta se hace irrenunciable y pasa a formar parte del patrimonio del proceso, salvo que la parte opositora o el juez lo autorice, trayendo como ejemplo que si una de las partes no comparece al tribunal a interrogar a un testigo, el opositor puede hacerlo aunque el peticionario, en el término señalado, no lo haga; también si la parte solicita una inspección judicial y no concurre a su práctica, el opositor puede proveer al tribunal de los medios y dispositivos para que se lleve a cabo.[387]

Data venia al ilustre maestro, nos apartamos del criterio señalado primeramente por el hecho que la prueba propuesta o promovida por alguna de las partes hasta tanto no se produzca su evacuación y consten sus resultas en las actas procesales, la misma se encuentra ubicada en el patrimonio de ellas y no puede ser expropiada para el proceso, ya que en este momento estamos en presencia del ejercicio de las cargas probatorias de las partes, sin perjuicio y como veremos, que ante los datos cursantes en autos el

---

[387] Jorge FÁBREGA. Ob. cit. p. 111 y 112.

judicante pueda ordenarla de oficio. Por otro lado y respecto a los ejemplos que trae, diremos en cuanto al medio probatorio testimonial, que si una de las partes una vez propuesta la prueba desiste de ella, no comparece al acta para preguntar al testigo y simplemente no pregunta al mismo en el acto, se trata de una renuncia que debe ser homologada por el judicante, ya que el medio se encuentre en su esfera patrimonial al no haberse evacuado y constado en autos las resultas probatorias, no estando su contendor judicial en el derecho de evacuar la prueba, pues no solo se trata de un medio probatorio que no ha promovido en cumplimiento de su carga, no teniendo legitimación para realizar tal actuación procesal y probatoria, sino por el hecho que su actividad en este momento no es de "preguntas" con la finalidad de allegar al proceso fuentes que sirvan para el establecimiento de las afirmaciones o negaciones de hecho en que se basan las pretensiones o excepciones, por el contrario su actividad es de repregunta en ejercicio del derecho de control de la prueba, cuya finalidad generalmente está dirigida a desacreditar la persona del testigo o su dicho, sin perjuicio de los criterios que consideran que este también puede realizar al testigo preguntas dirigidas al establecimiento de los hechos. De esta manera no constando en autos la evacuación de la prueba testimonial, la misma no ingresa al patrimonio procesal y puede ser renunciada, sin perjuicio que pueda ser ordenada por el judicante con la especialidad que ni el proponente originario ni el contendor tienen la posibilidad de hacer preguntas o repreguntas al testigo, quedando solo con el derecho de hacer observaciones finales a sus resultas.

En cuanto a la inspección judicial el tema no es diferente, pues no constando sus resultas se encuentra en el patrimonio del proponente y puede ser desistida, aún cuando ello no impedirá que sea evacuada de oficio por el judicante, con la aclaratoria que quién señalará o determinará los particulares correspondientes será el judicante, lo que pudiera identificarse con los señalados por las partes, éstas que podrán hacer observaciones en el momento de la evacuación de la prueba y lo que deberá constar en el acta que se levante al efecto. Respecto a lo señalado por el jurista panameño en cuanto a la posibilidad de la otra parte de adelantar los gastos y medios para la realización de la prueba y ante la conducta pasiva de su proponente, nos parece que tampoco el criterio es aplicable pues una vez propuesto el medio probatorio y admitido, la actividad procesal que sigue no es de parte sino del judicante quien deberá realizar la diligencia judicial, de manera que no queda en cabeza de las partes –por lo menos por disposición de ley- ninguna carga procesal ni probatoria, incluso no están obligados a estar presente en la evacuación, pues la realización de observaciones por ejemplo para el no proponente, es una carga y no una obligación, todo sin perjuicio de la torticera y supina regulación contenida en el artículo 112 de la Ley Orgásmicas Procesal del Trabajo que señala […] *Para llevar a cabo la inspección judicial, el juez concurrirá con el secretario o quien haga sus veces y uno o más prácticos de su, elección, cuando sea necesario, previa fijación del día y la hora correspondiente, si la parte promovente no concurre a la evacuación de las pruebas, se tendrá por desistida la misma."*

GONZALEZ NAVARRO al tratar el tema se inclina por la postura que hasta tanto las resultas de la prueba no consten en las actas procesales, la misma no ingresa al proceso y podría ser desistida, señalando al efecto que […] *Desde el momento que ellas produzcan la convicción o certeza necesaria, la función del juez se circunscribe a aplicar la norma reguladora de esta situación de hecho. Este principio determina la inadmisibilidad de la renuncia o desistimiento de cualquier prueba que ya haya sido producida. Sólo si se considera patrimonio procesal de quien la suministra o en su solo beneficio podría admitirse la retirada o dejarla sin efecto.*"[388]

KIELMANOVICH escribe que este principio determina que el "resultado" de la actividad probatoria realizado a instancia de las partes o del juez, no pertenece en definitiva a quien la ofreció, aportó o produjo en el proceso –dispositivo – inquisitivo- sino al tribunal con abstracción de la parte a quien ella podría en concreto beneficiar o perjudicar, agregando que […] *Las partes continúan siendo dueñas de ofrecer tal o cual probanza en un proceso de corte dispositivo o ello será resorte del juez en uno i9nquisitivo, pero en uno y en otro caso el resultado de esa actividad será del tribunal, pues su señoría no se extiende a los elementos ya incorporados al mismo ni a la forma en que el tribunal habrá de valorarlos.".*[389] De esto se deduce el criterio conforme al cual la prueba se expropia del patrimonio de las partes es cuando ya se ha materializado

Para el maestro colombiano Hernando DEVIS ECHANDÍA este principio determina la inadmisibilidad de la renuncia o del desistimiento de la prueba una vez que se ha practicado, pues indica que sólo si se considera patrimonio procesal del aportante o peticionario o para su solo beneficio, podría aceptarse que la retirada o dejara sin efecto.[390] También BACRE es del criterio que la prueba se incorpora al patrimonio del proceso es con su evacuación.[391]

PARRA QUIJANO indica que la prueba es expropiada para el proceso perdiéndose cualquier disponibilidad que sobre ella pudo tenerse cuando son "practicadas", no solo respecto al aspecto externo de la prueba, sino también respecto a su resultado, no pudiéndose –señala- pretender que la prueba se valore en forma favorable a la parte que la peticionó y trae el ejemplo de la prueba testimonial, que a diferencia del criterio de FÁBREGA ya analizado, considera que antes de su práctica perfectamente puede ser desistida, sin perjuicio que apareciendo los nombres de las personas puede ser decretada oficiosamente por el judicante.[392]

Como podemos observar la tendencia mayoritaria se inclina por considerar la prueba como irrenunciable o no desistible una vez que se ha incorporado legalmente al proceso, lo que se produce cuando es practicada o evacuada ya constando en autos sus resultas, lo que se traduce que hasta tanto las

---

388 Antonio Luís GONZÁLEZ NAVARRO. Ob. cit. p. 63.
389 Jorge KIELMANOVICH. Ob. cit. pp- 53 y 54.
390 Hernando DEVIS ECHANDÍA. Ob. cit. T. I. p. 118.
391 Aldo BACRE. Ob. Cit. T. III. p. 14.
392 Jairo PARRA QUIJANO. Ob. cit. p. 75.

pruebas no se haya materializado, hasta tanto no consten en autos las resultas de su evacuación, pertenecen a su promoverte y no pueden ser expropiadas para el proceso, quien puede desistirlas o renunciarlas sin que la otra parte puede objetar tal desistimiento, ya que se repite, dichas pruebas pertenecen al promovente y no al proceso; por el contrario, una vez que las pruebas se materializas en el proceso, una vez que constan en autos las resultas de su evacuación, las mismas dejan de pertenecerles a su promovente y pasan a formar parte del patrimonio del proceso, no pudiendo su proponente en este momento desistirla o renunciarla, pues no se puede renunciar a algo que ahora es patrimonio procesal.-

Debe tenerse en consideración la forma como opera este principio respecto en el marco de los procedimientos escritos y orales, así como respecto a determinados medios probatorios pues no todos se evacuan, como es el caso de aquellos medios que su promoción incluyen su evacuación, conjugándose en un mismo acto las figuras de promoción y evacuación, tal como es el caso del medio probatorio instrumental, bien sea público o privado que no requiere ser materializado o evacuado en autos cuando se está en presencia de procesos escritos y especialmente en nuestro procedimiento ordinario contenido en los artículo 338 y siguientes del Código de Procedimiento Civil.

En este sentido y conforme al procedimiento ordinario escrito, si la prueba instrumental privada que no es de carácter fundamental, debe proponerse en el lapso probatorio –promoción de pruebas- siendo que conforme a lo previsto en el artículo 110 del Código de Procedimiento Civil, el secretario del tribunal debe agregar o publicar las pruebas promovidas por las partes, al día de despacho siguiente al vencimiento del lapso de promoción de pruebas, lo que se traduce en que desde el día de la realización de éste acto procesal –publicación- la prueba deja de pertenecerle a su promovente para pasar a conformar el patrimonio procesal, no pudiendo ser renunciada por su aportante, pues insistimos, en este caso su proposición y más concretamente su publicación incluye su evacuación. Pero en caso de ser la prueba instrumental privada fundamental, la cual conforme a lo previsto en el artículo 340.6 del Código de Procedimiento Civil, en concordancia con lo preceptuado en el artículo 434 *ejusdem*, debe ser acompañada junto al libelo de la demanda, ya que de lo contrario no será admitida posteriormente, salvo los casos excepcionales que se estudiarán en otro momento, la misma se considera legalmente incorporada al proceso desde el mismo momento que la parte accionante lo consigna en autos, quien no podrá renunciar o desistir de la misma, tal como lo señala el artículo 112 *ibidem*, según el cual, los instrumentos fundamentales no pueden devolverse a la parte, hasta tanto no haya transcurrido la oportunidad para tacharlos o desconocerlos, norma ésta que consagra la indisponibilidad del medio probatorio instrumental fundamental aportado por el actor junto al libelo de la demanda y como fundamento de su pretensión; igual suerte corre la prueba instrumental pública fundamental, la cual se considera legalmente incorporado al proceso, desde el mismo momento en que se consigna en autos.

Si la prueba instrumental pública no es de carácter fundamental, pudiendo ser consignada consecuencialmente en cualquier estado y grado del proceso conforme a lo previsto en el artículo 435 del Código de Procedimiento Civil, la misma se considera legalmente incorporada al proceso desde el momento en que la parte la consigne en autos, acto éste que activa el principio de la comunidad de la prueba y que impide a su promovente renunciar o desistir de ella.

Fuera de los casos de la prueba instrumental señalados, los demás medios probatorios que una vez promovidos requieren evacuación, hasta tanto no conste en autos su materialización o resultas las mismas pertenecen a su promovente, quien puede renunciarlas o desistirlas, tal como es el caso de la inspección judicial, la prueba de posiciones juradas, la experticia, la prueba de testigos, entre otras.

Pero el tema resulta totalmente diferente en el sistema de procedimientos orales, como el caso penal, laboral, de niños y adolescentes, marítimo, aeronáutico y de tierras, donde en aplicación a los principios propios y característicos de este tipo de sistema como la oralidad, publicidad, inmediación, concentración y contradicción, todos y cada uno de los medios probatorios, incluidos los instrumentales que deban ser aportados junto al libelo de la demanda, no podrán ser considerados por el judicante como capaces de producir certeza o convicción judicial, hasta tanto sean incorporados y discutidos en contradicción en la audiencia pública oral o probatoria, de manera que hasta que no llegue ese momento y consten en autos las resultas de cada medio probatorio –insistimos, incluyendo los instrumentales- no pueden ser considerados como expropiados al proceso y siguen estando en el patrimonio de las partes quienes pueden desistirla o renunciarla sin perjuicio que el juez pudiera ordenarla de oficio.

Importa destacar que no hemos incluido en el párrafo que antecede a los procedimientos en materia contencioso administrativo, pues y como lo veremos en otro momento, aún cuando no del todo correcto nuestro constituyente obligó a establecer sistemas de procedimientos orales –artículo 257 constitucional- y aún cuando en esta materia se regularon procedimientos orales para el trámite de controversias de carácter patrimonial, no patrimonial, de nulidad, interpretación y controversias administrativas, en ninguno de ellos insólitamente se regularon audiencias orales de juicio para evacuar las pruebas, aunque sí se fijaron audiencias preliminares y hasta conclusivas luego de evacuadas las pruebas, lo que resulta un verdadero disparate para no decir ignorancia de los ilustrados proyectistas que no tienen ni la más mínima idea de los principios y características de los sistemas de procedimiento oral, donde y como sabemos, el acto estelar es la audiencia oral donde se discutirá el tema debatido, se controvertirán las pruebas y se dictará el dispositivo de la sentencia.

Pero **¿Cómo se hace valer en el proceso el principio de la comunidad de la prueba?**

El principio que se estudia se hace valer en el proceso a través de la "reproducción del mérito favorable de autos" o de la "ratificación del mérito favorable de autos", que se traduce en que la parte

solicita al juez, que tome y valore en su favor, todos los medios probatorios que no hayan sido promovidos por él y que le favorezca.

Pero la "reproducción del mérito favorable de autos" y la "ratificación del mérito favorable de autos", son dos formas de invocar el principio de la comunidad de la prueba que se diferencian primeramente, por no especificarse o señalarse en forma expresa cual es el medio probatorio que se hace valer para el caso de la reproducción, ya que en la ratificación se hace mención expresa del medio probatorio que se hace valer; en segundo término, porque en el primero de los casos –reproducción- no se señala en qué beneficia el medio probatorio, es decir, en que favorece la prueba no promovida por la parte que hace valer el principio, lo cual no sucede en la ratificación del mérito de la prueba, donde la parte señala en forma expresa en qué lo beneficia el medio probatorio; por último y cuando la parte reproduce el mérito probatorio, no invocando un medio de prueba en específico que lo favorezca y la forma como lo beneficia, el juez no se encuentra obligado a tomar o valorar las pruebas a favor de alguna de las partes procesales, por lo que si no es tomado en consideración por el judicante la reproducción del mérito probatorio, éste no incurre en silencio de pruebas; por el contrario, si alguna de las partes o ambas han ratificado el mérito probatorio de alguna prueba en específico, señalando en qué lo beneficia, el juez queda obligado a tomar en su favor el mérito de la prueba, si realmente lo beneficia y a razonar o esgrimir en autos, el motivo por los cuales, dichos medios probatorios no lo favorecen, ya que de lo contrario, incurrirá en silencio de pruebas.

Pero a la luz del contenido del artículo 26 constitucional, especialmente por la prohibición de formalismos inútiles, debemos precisar que para nada importa si las partes invocan el mérito favorable de las pruebas a través de la reproducción o de la ratificación, pues indistintamente de la frase o términos que se utilicen, lo importante será si el principio de la comunidad de la prueba se invoca en forma general o específica, este último mediante el señalamiento de la prueba que beneficie a la parte y su motivo, caso en el cual se activará la obligación a que se refiere el artículo 509 del Código de Procedimiento Civil, que en definitiva contiene una norma para el establecimiento de los hechos.

Pero **¿Cuál será la oportunidad procesal para invocar el principio de la comunidad de la prueba?**

La respuesta a la interrogtante debe precisarse partiendo del tipo procedimental que se trate y del momento en que el legislador regula la aportación de medios probatorios, pues cuando se trate de los casos en los que los medios probatorios y las fuentes puedan constar ante del momento de la promoción de pruebas, como ocurre con la prueba instrumental fundamental, así como en los instrumentos públicos no fundamentales, los indicios endoprocesales como en el caso de falta de contestación de la demanda, juramento decisorio, las posiciones juradas, los medios anticipados, así como actividades probatorias a

través del sistema del *discovery* a que se refiere el artículo 9 de la Ley del Procedimiento Marítimo, cutas resultas constan en las actas del proceso, perfectamente la invocación del principio en estudio a través de la reproducción o ratificación pueden hacerse en el acto o escrito de promoción de pruebas; pero cuando se trata de pruebas que deben ser evacuadas en una audiencia oral y pública –para el caso de los sistemas de procedimiento oral- en el momento de la proposición de las pruebas como tal sólo podrá invocarse el principio de la comunidad en forma genérica, ya que insistimos, no se sabe el contenido de cada prueba, más luego de producirse su evacuación en la audiencia oral, al momento de presentar las observaciones finales o intervención final en la propia audiencia, podría hacerse valer el principio en cuestión de manera específico mediante la ratificación del medio probatorio concreto. También y respecto al procedimiento escrito, cuando se trate de medios probatorios cuyas resultas no constan para el momento de la proposición de las pruebas, la invocación del principio de la comunidad mediante la ratificación podrá hacerse al momento de los informes corespondioentes.

Importa destacar que la invocación del principio de la comunidad de la prueba, mediante la reproducción y ratificación en la forma señalada, especialmente cuando se hace valer en el escrito de promoción de pruebas, ha generado en la práctica algunos criterios interesantes como lo ha sido el de rechazar tal invocación del principio de comunidad de la prueba como un medio probatorio, tal como ha sucedido con el ilustrado criterio de la Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia quien ha señalado […] *Precisado lo anterior, advierte la Sala que en la jurisprudencia se ha considerado que la solicitud de apreciación del mérito favorable de los autos no constituye un medio de prueba, sino que más bien está dirigida a la aplicación del principio de la comunidad de la prueba, el cual debe aplicar el Juez, conforme a lo establecido en el sistema probatorio venezolano.*"[393]

Por su parte la no menos ilustrada y científica Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia al respecto ha señalado que […] *La actora produjo durante el lapso de promoción de pruebas, el mérito favorable que se desprende de las documentales acompañadas a la demanda, y por su parte la demandada, produjo igualmente el mérito favorable de los autos, en especial de los documentos consignados por la parte actora anexos al libelo de demanda; consignó copia simple de la decisión dictada por el Juzgado Primero de Primera Instancia del Trabajo de la misma Circunscripción Judicial, de fecha 27 de octubre de 1999, que también había sido presentada por la actora anexa al libelo de demanda; y promovió la declaración como testigo de la abogada Cointa Ledezma. Sobre el particular, la solicitud de apreciación del mérito favorable de los autos no es un medio de prueba sino la solicitud de aplicación del principio de la comunidad de la prueba, o de adquisición, que rige en todo el sistema probatorio venezolano y que el Juez está en el deber*

---

[393] Sentencia de la Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, N° 01218, de fecha 02 de Septiembre de 2.004, con ponencia del magistrado Levis Ignacio ZERPA, expediente N° 2003-1380.

de aplicar de oficio siempre, sin necesidad de alegación de parte, razón por la cual a no ser promovido un medio probatorio susceptible de valoración, esta Sala considera que es improcedente valorar tales alegaciones."[394]

Como se desprende de las decisiones parcialmente transcritas, nuestro ilustre Tribunal Supremo de Justicia ha venido desechando el mérito favorable de autos e incluso la ratificación del mérito favorable como medio de prueba, expresando que el mismo solo se refiere a la invocación del principio de la comunidad de la prueba o de adquisición procesal, el cual es deber del operador de justicia al momento de dictar sentencia, en el sentido de valorar o apreciar todo el material probatorio que curse en autos, pero si bien la posición en comento resulta correcta en el sentido que la ratificación o reproducción del mérito favorable de autos no es un medio de prueba *per se*, resulta absurda la posición del máximo Tribunal así como de los tribunales de instancia que ante la invocación del principio de adquisición procesal en el escrito de promoción de pruebas e incluso ante la oposición a la admisión de dicho particular por el no proponente, nieguen la admisión de dicho principio, pues en definitiva no se está negando la admisión de un medio de prueba sino de la invocación del principio de la comunidad de la prueba, es decir se está diciéndole al operador de justicia, que al momento de dictar su sentencia definitiva si existe algún medio probatorio no propuesto, sea analizado y valorado a favor de quien invoca al principio, situación ante la cual el juzgador solo debe pronunciarse sobre la admisibilidad de las pruebas promovidas y en cuanto a la comunidad de la prueba o adquisición procesal invocado por las partes, admitir dicho principio para ser analizado al momento de dictar el fallo definitivo. Resulta absurdo e inoficioso, negar la admisión del principio de comunidad de la prueba con el argumento de no ser prueba y del deber que tiene el juez de analizar todas las pruebas que cursen en autos, ya que mediante la ratificación del mérito favorable, mediante el señalamiento expreso del medio de prueba no promovido y que le favorece a alguna de las partes y mediante el señalamiento del motivo por el cual dicha prueba le beneficia, queda el operador de justicia obligado a analizar dicha prueba a favor o en contra de quien la ha invocado, so pena de incurrir en silencio de pruebas, y precisamente -como se verá- si no se ratifica el mérito favorable de autos, es decir si no se señala en forma expresa la prueba de la otra parte que favorece a quien hace valer el principio de comunidad de la prueba, el juzgador no está obligado a realizar el análisis de la prueba a favor o en contra de quien ha invocado su mérito, limitándose a valorarla y apreciarla a favor o en contra de quien corresponda, no produciéndose el vicio de silencio de pruebas.

Así las cosas y de producirse la invocación de mérito favorable de las pruebas, bien en forma general o específica, el juzgador no debe tomar posición en cuanto a su inadmisición con fundamento a

[394] Sentencia de la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia, N° 460, de fecha 10 de Julio de 2.003, con ponencia del Juan Rafael PERDOMO, expediente N° 03-287.

no ser medio probatorio y al deber que tiene en la sentencia de analizar todas las pruebas, sino que debe aguardar al momento de dictar sentencia, para analizar las pruebas en conjunto y en forma separada, determinando si la prueba no propuesta por alguna de las partes beneficia a la otra, siempre en la medida que lo considere oficiosamente, caso en el cual, el no cumplimiento del principio de comunidad probatoria no produce silencio de pruebas, o que haya sido solicitado por las partes mediante la invocación del mérito favorable de autos, caso en el cual, al no haber pronunciamiento al respecto, conduciría al vicio de silencio de pruebas, todo lo cual nos lleva a concluir que debe existir un cambio en la jurisprudencia.

A lo señalado agregamos lo más grave, que precisamente se presenta con el hecho que le juzgador al seguir con esta conducta señalada por el máximo Tribunal de la República, si al moment5o de la sentencia aplica el principio de la comunidad de la prueba, incurriría en contradicción respecto a su posición anterior –al momento de admitir las pruebas- cuando habría negado la admisión del principio en comento, en otras palabras, ¿cómo puede el judicante anticipadamente –en el momento de admitir las pruebas- negar la aplicación del principio de comunidad de la prueba, para luego en la sentencia aplicar el principio ya negado? Es un contrasentido que el judicante niegue al momento de la promoción de las pruebas la aplicación del principio de la comunidad, cuando precisamente esto corresponderá en un momento posterior como lo será la sentencia; incluso, ¿cómo quedaría el principio de exhaustividad y la posibilidad de invocar el silencio de pruebas, si el propio juzgador se ha desmarcado de su obligación de analizar el valor probatorio invocado por una parte respecto a la prueba llevada al proceso por la otra? Estas interrogantes dejan de manifiesto la torpeza del criterio que comentamos y que sumisamente es seguido por los tribunales de instancia sin el más mínimo análisis de la problemática, quizás por la misma ausencia de conocimientos.

No obstante a lo señalado la Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia, sí considera al mérito favorable de autos como una verdadera promoción, siempre que se señale cuál es el objeto que se pretende probar con la prueba invocada, tratándose de esta manera de una verdadera promoción de pruebas. al efecto ha señalado […] *Al haber expresado el demandado qué pretendía demostrar con las documentales cuyo mérito hizo valer en la oportunidad de promover pruebas, el sentenciador de alzada debió analizarlas, pues se trata de una verdadera promoción de pruebas, y ello era suficiente para que el juez cumpliera con el deber de analizar los referidos instrumentos. Aunado a lo anterior, esta Sala constata que el ad quem expresa que las pruebas aportadas por la demandada no constituyen la contraprueba de los hechos expresados por el actor, sin embargo no expresa las razones que sustentan esa determinación. Aun más, puede observarse que el juez de alzada yerra al indicar que "...las pruebas tienen por objeto*

demostrar los hechos controvertidos y al no haber contestación de la demanda, mal pudo haber hechos de tal naturaleza…”.[395]

Pero siguiendo observamos que el juzgador se encuentra obligado al análisis de todas y cada una de las fuentes probatorias aportadas por lo medios propuestos y que cursen en autos, bien que hayan sido promovidos por las partes o que hayan sido aportadas oficiosamente, debiendo valorarlas bien apreciándolas o desechándolas, para así establecer los hechos debatidos en el proceso y construir la premisa fáctica, en base a la convicción o certeza que allegue respecto a los enunciados o afirmaciones realizados por las partes como fundamento de sus pretensiones o excepciones, tal como lo dispone el artículo 509 del Código de Procedimiento Civil, regulador del principio de exhaustividad, conforme al cual […] *Los Jueces deben analizar y juzgar todas cuantas pruebas se hayan producido, aun aquellas que a su juicio no fueren idóneas para ofrecer algún elemento de convicción, expresándose siempre cuál sea el criterio del Juez respecto de ellas*.” Este principio también se ubica en el artículo 10 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo y el artículo 22 del Código Orgánico Procesal Penal.

Cuando el judicante incumple con este deber, una vez que la prueba ha sido promovida legalmente admitida y evacuada o materializada, se produce el denominado vicio de “**silencio de pruebas**”, que no es otra cosa que la ausencia de análisis de las pruebas legalmente incorporadas al proceso por parte del juzgador al momento de dictar su fallo. El silencio de pruebas es un vicio de la sentencia que se produce cuando el juzgador no analiza, aprecia o valora las pruebas legalmente aportadas al proceso que conlleva a la vulneración del contenido del artículo 509 del Código de Procedimiento Civil y del artículo 12 *ejusdem* –para el caso civil- así como de los artículos 10 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo y 22 del Código Orgánico Procesal Penal, referentes a que el juzgador debe atenerse a lo alegado y probado en autos, pero **¿cuándo queda obligado el juzgador a valorar las pruebas que cursan en autos so pena de incurrir en el vicio del silencio de pruebas?**

Para responder la interrogante planteada encontramos, que el operador de justicia queda obligado al análisis de las pruebas aportadas al proceso en los siguientes casos:

a. Cuando las pruebas han sido promovidas legalmente, admitidas y materializadas.
b. Cuando las pruebas hayan sido promovidas y evacuadas completamente, es decir, que hayan sido promovidas, admitidas y evacuadas en forma absoluta y no a medias, como pudiera suceder con la prueba testimonial donde solo se hubiera realizado la declaración inicial y para el caso de las repreguntas, el testigo se viera imposibilitado de continuar con el interrogatorio. En este caso, la prueba no ha sido evacuada en forma completa, lo que se traduce en que no existe obligación

[395] Sentencia de la Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia, N° RC-00470, de fecha 19 de Julio de 2.005, con ponencia de la magistrado Isbelia PÉREZ DE CABALLERO, expediente N° 03661.

del juzgador de apreciarla y su falta de valoración no producirá silencio de pruebas, mas si la prueba ha sido propuesta y admitida en forma regular y correcta y ha sido evacuada absolutamente, la falta de apreciación producirá silencio.

c. Cuando las pruebas promovidas y evacuadas absoluta o completamente en incidencias, sean reproducidas o ratificadas en relación al fondo del asunto, con lo que respecta a las sentencias definitivas que resuelven la controversia. En este caso el juzgador se encuentra obligado a apreciar la prueba de la incidencia para el fondo del asunto, so pena de incurrir en silencio de pruebas, pero si la prueba se ha realizado en una incidencia –de medidas por ejemplo- y no se ha invocado el principio de la comunidad de la prueba para el fondo, el juzgador puede oficiosamente apreciar la prueba o puede guardar silencio con relación a la misma, caso en el cual no existiría silencio de pruebas, pues la obligación nace en la medida que la parte haga valer su mérito para el fondo del asunto.

d. Cuando se produzcan confesiones espontáneas de las partes o sus apoderados dentro de los límites de su mandato y las mismas sean detectadas por el juez, y éste decida de oficio analizarlas, o cuando sean invocadas por la parte que quiera beneficiarse de ellas. En este caso de existir confesiones judiciales o extrajudiciales de las partes o sus apoderados en los límites del mandato, el juzgador puede oficiosamente analizarlas en la sentencia, aún sin solicitud de parte, mas si la parte hace valer dicha confesión judicial espontánea, pura y simple, o bien compleja o compuesta, lo que pudiera ser mediante la invocación del mérito de la misma, el operador de justicia queda obligado a realizar su análisis so pena de incurrir en silencio de pruebas.

e. Cuando se refiere a la prueba de indicios, bien sea que la misma sea invocada ante el juez de mérito por la parte que quiera beneficiarse de ellas o que el juzgador las detecte oficiosamente. En este caso, si las partes la han invocado el juzgador se encuentra obligado a su análisis so pena de incurrir en silencio de pruebas, pero igualmente el juez ante la ausencia de invocación, puede oficiosamente detectarla y valorarloa, como sucede con la conducta procesal de las partes –omisiva- hesitativa, mendaz, obstruccionista, desleal, improba, entre otras-.

Por argumento en contrario, el judicante no está obligado a pronunciarse de las pruebas en la sentencia definitiva y consecuencialmente no incurrirá en silencio de pruebas en los siguientes casos

a. Cuando se trate de pruebas promovidas y no evacuadas o evacuadas en forma incompleta.

b. Cuando las pruebas han sido propuestas y admitidas irregularmente, aún cuando se hayan evacuado. En este supuesto es importante destacar que si las pruebas han sido evacuadas pero su admisión ha sido irregular, esto es, que no debieron ser admitidas por ilegales, impertinentes, irrelevantes, inidóneas o inconducentes, extemporáneas, ilícitas o irregularmente propuestas,

lesionado en consecuencia el debido proceso, no podrán ser valoradas en la sentencia; también en materia de procedimientos orales y salvo la anticipación de medios, aquellas pruebas que no cumplan con su incorporación al proceso en cumplimiento de los principios que gobiernan esta clase de procesos, como la inmediación, oralidad, concentración, bilateralidad o contradicción, publicidad, entre otros, no puede ser valorados y en estos casos lógicamente no puede invocarse el silencio de pruebas como vicio de la sentencia.

c. Cuando las pruebas evacuadas en incidencias, no fueran ratificadas o reproducidas con relación al fondo de la causa.

d. Cuando se trate de confesiones espontáneas que no se hicieran valer por las partes al fondo del asunto.

e. Cuando se trate de la prueba de indicios y no fueran invocadas por las partes.

Tampoco habrá silencio de pruebas en los siguientes casos:

a. Cuando la prueba silenciada se refiera a hechos admitidos o reconocidos por las partes, esto es, a la prueba de hechos no controvertidos.

b. Cuando se refiera a pruebas aportadas extemporáneamente, pues en ese caso aún cuando la prueba fuere silenciada, no podría ser valorada y capaz de cambiar el dispositivo del fallo.

c. Cuando las pruebas silenciadas fueran impertinentes, ilegales, irrelevantes, ilícitas, inidóneas o irregularmente promovidas.

d. Cuando se refiera a juicios de derecho o incluso cuando la prueba pretendiera demostrar un hecho notorio.

e. Cuando la prueba pretenda demostrar un hecho presumido por la Ley en forma incuestionable –*iure et de iure*- o vaya contra una máxima de experiencia.

Como se dijo anteriormente el silencio de pruebas es un vicio de la sentencia que se produce cuando el juzgador no analiza, aprecia o valora las pruebas legalmente aportadas al proceso que conlleva a la vulneración del contenido del artículo 509 del Código de Procedimiento Civil, contentivo del principio de exhaustividad y del artículo 12 *ejusdem*, referente a que el juzgador debe atenerse a lo alegado y probado en autos, vicio que resulta una de las causas o motivos de nulidad de la sentencia judicial en Casación, en algunos casos considerado como una infracción de ley en tanto que en otros casos se considera como un defecto de actividad, ello sin perjuicio de criterios que consideran que se trata de un vicio constitucional autónomo referido a la infracción del derecho de acceso al sistema probatorio.[396]

---

[396] Para el estudio del silencio de prueba como motivo de casación remitimos al lector a nuestros trabajos sobre la Casación Civil y la Casación Laboral. También puede verse nuestro Tratado de Recursos, todos publicados por Paredes Editores.

1.4. Principio de contradicción y control de la prueba.

Como se expusiera en capítulos anteriores, el tema de la prueba judicial y más concretamente del derecho probatorio se encuentra positivado o constitucionalizado en el artículo 49 constitucional, conforme a la cual tratándose del derecho de acceso al sistema probatorio, las partes en el proceso judicial tienen el derecho a aportar, proponer o producir los medios de pruebas que tiendan a demostrar los hechos controvertidos afirmados o negados en sus escritos de pretensiones, que le favorecen y que son presupuestos de las normas jurídicas contentiva de las consecuencias solicitadas o pedidas por éstas; pero también el derecho en cuestión involucra el poder de contradecir y controlar los medios y las fuentes probatorias, evacuar los medios y a que la mismas sean valoradas por el órgano jurisdiccional –principio de exhaustividad- lo que y como veremos, es conocido como el principio de "contradicción", "bilateralidad" o simplemente "contralor".[397]

De esta manera en la materia que nos ocupa constituye una emanación del derecho a la defensa constitucional, el contradecir y controlar los medios probatorios aportados al proceso, con el objeto de fiscalizar o controlar su evacuación o materialización en el proceso luego de admitidas, lo que se traduce en el hecho que el derecho constitucional de la defensa en materia probatoria, se encuentra regulado o materializa a través de los principios de contradicción y control de la prueba en su noción general, hasta el punto que un medio probatorio que no haya respetado la posibilidad de su conocimiento –publicidad- de su discusión en bilateralidad, con presencia o inmediación del juez, por demás imparcial, no puede ser capaz de servir para el establecimiento de los hechos por comparación de las fuentes con las afirmaciones que hayan hecho las partes como fundamento de sus pretensiones, lo que por lógica impedirá que sirvan para crear certeza o convicción judicial respecto a dichas afirmaciones.

Pero **¿a qué se refieren los principios de contradicción y control de la prueba?**

El principio de "contradicción" de la prueba en su noción general –específicamente de los medios y las fuentes- consiste en el legítimo derecho que tienen las partes en el proceso, de atacar u oponerse a la admisiblidad de los medios probatorios promovidas por su contendor judicial, con el objeto que los mismos no puedan legalmente ingresar al proceso y producir sus efectos procesales; o bien atacar, objetar o impugnar el resultado de las pruebas que se hayan materializado en el proceso, con motivo de las actividades de las partes, para enervar sus efectos y evitar de esta manera que puedan ser valorados por el operador de justicia.

---

[397] Esta última denominación la expone Aldo BACRE. Ob. cit. T. III. p. 15

De esta manera las partes podrán ejercitar su derecho constitucional de oponerse a la admisión de las pruebas -contradicción- en la oportunidad legal que en cada caso o sistema de procedimiento se establezca, baso en motivos de manifiestamente ilegal, impertinente, ilícita, inidónea, inconducente, extemporánea o por estar irregularmente promovida, ello en los términos que hemos analizado en el capítulo referido al derecho constitucional de acceder al sistema probatorio.

Como indicamos la forma de ejercitar el derecho o principio que comentamos es a través de la oposición y la impugnación, el primero que se presenta como una figura de carácter preventiva, que tiene como objeto que el medio de prueba promovido no ingrese al proceso y sea inadmitido por el operador de justicia *in limini litis*; en tanto que la impugnación es la forma genérica de atacar, enervar o contradecir los medios probatorios que han sido previamente admitidos, haya habido o no oposición, para que éstos no produzcan efectos procesales, es decir, para que no influyan en el ánimo del judicante, tal como sucede con la prueba de informes o las copias aportadas al proceso conforme a lo previsto en el artículo 429 del Código de Procedimiento Civil, las pruebas libres, entre otras, aunque la impugnación puede referirse al resultado probatorio, sin perjuicio que existen formas específicas de impugnar determinados medios probatorios, como sucede con la tacha de falsedad de instrumentos públicos o privados, desconocimiento para el caso de instrumentos privados, refutación de la verdad de las declaraciones contenidas en cualquiera de los instrumentos señalados, que conducirá eventualmente al sistema de simulación o de prueba en contrario que destruya la presunción de buena fe, tal y como lo veremos en su oportunidad, la falsificación o ininteligibilidad de las fotocopias, las aclaratorias o ampliaciones en materia de experticia, entre otros casos. La impugnación es la forma o modo general de cuestionar medios probatorios cuando la ley no regula una vía concreta, pues en algunos casos y como señalamos existen medios determinados para cuestionar o enervar los efectos de determinados medios probatorios.

En este sentido las partes pueden impugnar o atacar las resultas de los medios probatorios que hayan sido evacuados en el proceso, con el objeto de despojar al medio de la apariencia de prueba, de manera que una vez que la prueba ha ingresado al proceso como consecuencia de haber sido admitida, al no ser manifiestamente ilegal o impertinente, a través de la impugnación pueden las partes desvirtuar esa apariencia de legalidad y pertinencia, lo que materializa el derecho constitucional de la defensa a través de la contradicción de la prueba como hemos visto.

En la doctrina y respecto al principio en estudio nos topamos con el maestro colombiano Hernando DEVIS ECHANDÍA quien nos dice que la contradicción consiste en el derecho que tiene la parte a quien se le opone una prueba, de conocerla y discutirla, lo cual incluye el derecho a contraprobara, por lo que se rechaza el principio de la prueba secreta, es decir, de aquella practicada a espaldas de las

partes o de una de ellas, así como el conocimiento privado del juez sobre los hechos que no consten en el proceso ni gocen de notoriedad general. [398]

Por su parte PARRA QUIJANO expresa que la parte contra la cual se postula la prueba, se opone o aporta una prueba, debe conocerla y ella -la prueba- no se puede apreciar sino se ha celebrado con audiencia o con conocimiento de esa parte, ya que al proceso no pueden ingresar pruebas subrepticias, escondidas o a espaldas de la contraparte. [399]

AZULA CAMACHO expresa que el principio de contradicción consiste en que los distintos medios probatorios deben surtirse con intervención de la contraparte de quien lo solicitó, por lo que si la prueba la solicita la parte demandante, la contradicción se surte a favor de la demanda, pero si la prueba se decreta de oficio o por la iniciativa del funcionario judicial, la contradicción obra a favor de todas las partes. [400]

KIELMANOVICH manifiesta que este principio es de raigambre eminentemente constitucional, implicando que la prueba para que sea válida o por lo menos eficaz, debe ser producida en audiencia y con intervención de la parte contrar4ia, de modo que esta pueda fiscalizarla y pueda eventualmente enervarla.[401]

Para JAUCHEN el principio de contradicción de la prueba es un derivado constitucional de inviolabilidad a la defensa en juicio y del principio de contradicción del proceso en general, que tiene particular importancia en el tema probatorio, lo que se enuncia explicitando que la parte contra quien se opone una prueba, debe tener la oportunidad procesal de conocerla y discutirla, para lo cual se hace preciso notificar no solo de su ofrecimiento y el proveído por el cual el juzgador la admite como tal, sino también todos los actos procesales que se refieran a la misma, como su postergación, variación o suspensión de cualquier naturaleza. Ello permitirá a las partes según corresponda, conocer la naturaleza e identidad del medio probatorio, el órgano que la practicará, la oportunidad de su producción y las condiciones en que se hará, posibilitando la oposición mediante las instancias pertinentes a todas las cuestiones que considere improcedentes, a propósito de la posibilidad de discutirla, respecto a las alegaciones sobre el mérito probatorio.[402]

También FÁBREGA nos dice que el principio de contradictorio en la prueba es una aplicación concreta del principio general de la "bilateralidad de la audiencia" –*adversary system*- que inhibe al juez a

[398] Hernando DEVIS ECHANDÍA. Ob. cit. p. 123.
[399] Jairo PARRA QUIJANO. Ob. cit. p. 76.
[400] Jaime AZULA CAMACHO. Ob. cit. p. 5.
[401] Jorge KIELMANOVICH. Ob. cit. p. 54.
[402] Eduardo M. JAUCHEN. Ob. cit. pp. 34 y 35.

fundar su decisión en una prueba cuya proposición, acogimiento o práctica no haya sido comunicada a la otra parte, y que no se le haya dado la oportunidad para que intervenga en ella. Dice que la prueba debe practicarse con conocimiento de su eventual opositor, de suerte que pueda tener oportunidad de objetarla, una vez propuesta e intervenir en su práctica y fiscalización, formulando las observaciones que estime procedentes en la fase de admisión, ejecución y valoración de la misma; que el contradictorio en la prueba no es un fin en sí mismo, sino un medio para que el proceso se cumpla a sí mismo, teniendo en consecuencia carácter instrumental como garantía para el adversario, pero especialmente como un auxilio para el juez, con el objeto que la parte contraria pueda defenderse de las maniobras de su contraparte y la prueba sea lo más fiel y auténtica posible.[403]

Como podemos observar de la doctrina comentada, el principio de contradicción o bilateralidad en materia de pruebas comprende lo que nuestra doctrina y jurisprudencia ha entendido como contradicción y control, donde se conjugan el derecho de carácter constitucional –que involucra la defensa- de conocer las pruebas o los medios probatorios que se proponga en el proceso, poder oponerse a su admisión, conocer el momento de su evacuación y estar presente en la misma para hacer las refutaciones, cuestionamiento, tachas o impugnaciones, sean generales o específicas que a bien se tenga, a lo que se suma el hecho que la única prueba válida será aquella llevada al proceso y tratada con bilateralidad en audiencia, cumplimiento con los principios propios de la oralidad, sin perjuicio de la anticipación de medios como lo veremos más adelante.

Pero como se viene señalando el derecho constitucional de la defensa en materia probatoria, no solo se manifiesta a través de la contradicción de la prueba, sino también a través del principio de control de la prueba, el cual consiste en el derecho que tienen las partes en el proceso, de concurrir a los actos de evacuación de los medios probatorios promovidos y admitidos, a fin de realizar las actividades asignadas a ellas por la ley, según su posición procesal e igualmente para hacer las observaciones y reclamos que consideren necesario. De esta manera, las partes tienen derecho de conocer las pruebas antes de su evacuación, así como el momento señalado para su recepción en autos, todo con el fin de que puedan asistir a su evacuación y hagan uso de los derechos que permitan una cabal incorporación a la causa de los hechos –fuentes- que traen los medios, ya que el principio en cuestión tiene por fin evitar que se incorporen a los autos hechos traídos por medios probatorios realizados a espaldas de las partes, donde no ha existido una vigilancia y fiscalización de los medios.

El derecho de control de la prueba se manifiesta por ejemplo, a través de la repregunta a los testigos; a través de las preguntas que se le formulan a los terceros que vienen al proceso a ratificar el

---

[403] Jorge FÁBREGA. Ob. cit. pp. 116 y ss.

contenido de instrumentos emanado de ellos –artículo 431 del Código de Procedimiento Civil; a través de las observaciones que pueden realizarse al momento de materializar una inspección judicial; a través de las observaciones que pueden realizar a los expertos, bien en forma oral o escrito, entre oreos casos.

Respecto al momento de ejercicio de los dos principios que estudiamos y que la doctrina confunde en uno solo como lo es el de contradicción o bilateralidad de la prueba, que no son más que una manifestación del derecho constitucional y humano a la defensa, sin perjuicio de ubicarse en el derecho de acceso al sistema probatorio, todo dependerá del tipo procedimental que se trata, pues y como lo hemos visto en otro momento,[404] no obstante a tratarse de un derecho de rango constitucional, existen en nuestro sistemas de procedimientos casos donde no se reguló una oportunidad concreta tal como sucede en el proceso penal, en el proceso laboral, de niños y adolescentes, en el procedimiento breve contencioso administrativo para la tramitación de demandas que no tengan contenido patrimonial, el procedimiento de tierras, lo que para nada impide el ejercicio y materialización del principio de contradicción a la prueba; por su parte el derecho de control de la prueba en sentido general –medios de prueba- generalmente se ubica en el momento de su evacuación, que en el marco del sistema oral se ubica en la audiencia oral y probatoria donde converjan y garanticen los principios propios de este sistema.

Importa destacar también para el caso especial de los sistema de procedimientos orales, que la única prueba que pueda servir para la convicción judicial respecto a tener por verificados los hechos afirmados o enunciados por las partes como fundamento de sus pretensiones o excepciones, será aquella realizada en la audiencia oral y probatoria con inmediación del juez que ha de sentenciar, con publicidad respecto al conocimiento del momento en que se realizará la evacuación de los medios probatorios y el contenido de éstos, con concentración respecto al debate, con imparcialidad del judicante y con bilateralidad o contradicción donde se permitan a las partes discutir el contenido y resultas del medio probatorio practicado así como las fuentes ingresadas al proceso, de manera que tanto los medios probatorios realizados a espalda de las partes como aquella fuente no ingresada en la audiencia contradictoria, no será valida para sustentar la convicción judicial, vale decir, que la "prueba" en sentido procesal como convicción solo será aquella que nazca y se produzca en audiencia bilateral o contradictoria.

La circunstancia anotada resulta de suma importancia para entender que por ejemplo los actos de investigación realizados en el sistema de procedimiento penal, que sirven para recolectar fuentes probatorias –elementos de convicción- y para sustentar la acusación, a propósito de servir a la defensa, carecen de vocación probatoria, no pueden ser considerados como prueba de cargo capaz de destruir la

---

[404] Remitimos al lector al Capítulo III referido al derecho constitucional de acceso al sistema probatorio.

presunción de inocencia, especialmente por el hecho de no garantizar los principios señalados como la inmediación, concentración, publicidad, oralidad y especialmente contradicción, pues generalmente éstos se realizan a espaldas del acusado.

De esta manera no puede ser considerado como un acto de prueba aquellos actos de investigación aunque sean propuesto como medios probatorios y llevados para su debate oral, pues insistimos, han nacido sin la bilateralidad e inmediación, por lo que su debate o tratamiento en audiencia no puede hacerlos mutar y considerarse como prueba de cargo, especialmente cuando y como dijimos, la prueba válida es aquella que se hace y produce en la audiencia oral, todo sin perjuicio de la posibilidad de la anticipación de medios probatorios.

Esta actividad fraudulenta generalmente realizado por los fiscales, no puede ser tolerada por los juzgadores, ya que se coloca en tela de juicio el tema de la imparcialidad, el derecho a la defensa, a la prueba y a la presunción de inocencia, especialmente cuando con ropaje de prueba instrumental se llevan al proceso actos de investigación como declaraciones, atestados policiales, experticias, reconocimientos, y otros actos que no pueden ser mutados y que aunque sean llevados a la audiencia oral y puestos al conocimiento del acusado para su discusión, al no haber sido formados en la audiencia oral con cumplimiento de los principios propios del sistema, carecen de todo valor probatorio y no pueden considerarse como prueba de cargo suficiente para destruir la presunción de inocencia, acotación que no es baladí, si consideramos el gran número de páginas que la doctrina y la jurisprudencia decidan al asunto, sin que se alcance un acuerdo unánime al respecto, ya que no es poco frecuente las decisiones judiciales, incluso de los máximos Tribunales de diferentes países, que tentados por el sistema inquisitivo en un sistema acusador, dan valor probatorio a los actos de investigación, especialmente a los atentados policiales.

Así por ejemplo MONTERO AROCA manifiesta que la prueba ha de haberse practicado en la segunda fase del proceso o juicio oral -se refiere a la fase de juicio respecto a la fase sumarial- pues en el procedimiento preliminar no existe verdadera prueba sino simples actos de investigación, con base a los cuales se acordará o no la apertura de la segunda fase y podrán ser utilizados por el acusador y por la defensa como fuentes de prueba para introducirlas en el juicio proponiendo en él los oportunos medios probatorios; pero el profesor español reconoce que este principio o regla general no es absoluta, ya que admite excepciones relativas a que por imposibilidad de practicarse un medio de prueba en el juicio oral, se pierdan para el proceso los actos de investigación realizados en el procedimiento preli9minar, caso en los cuales la mayoría de las legislaciones –señala- distinguen entre diligencias sumariales reproducibles en el juicio oral –que carecen de valor probatorio- y diligencias no reproducibles. En otro momento expresa

que la convicción judicial del juzgador de instancia debe formarse atendiendo únicamente a lo visto y oído personalmente por él en la audiencia oral, de modo que lo que sirve para crear esa convicción no es el reflejo documental de las pruebas practicadas, sino el recuerdo de lo que ante él se ha realizado.[405]

En esta misma tónica nos conseguimos a NIEVA FENOL quien indica que la instrucción sólo puede servir de recogida de vestigios, es decir, en este momento no hay pruebas, salvo aquellas que sean del todo tipo imprescindibles para la preservación del vestigio, tampoco se practican anticipadamente ninguna prueba, ya que solamente se realizan las actividades esenciales para la obtención y preservación del vestigio, tal como sucede con todas las diligencias de instrucción, así como para las declaraciones de personas cuando se teme que su testimonio no pueda ser oído en la fase de enjuiciamiento, como puede suceder con el testigo que esté en peligro eminente de muerte. Señala que al margen de ello, el material de instrucción sólo puede ser utilizado en la fase de enjuiciamiento en la medida que sea imposible obtenerlo de nuevo durante esta fase, lo que descansa en el hecho de alejarse del sistema inquisitivo, donde la prueba se practica en la fase de instrucción, haciendo inútil toda actividad posterior de defensa del reo, quien no había participado en dicha primera fase. En el sistema actual –acusatorio- se intenta –dice- que las conclusiones a las que haya llegado el ministerio fiscal durante la instrucción, no condiciones en absoluto al judicante, de manera que se conserve por completo su imparcialidad, de manera que en la medida de lo posible, se intenta que observe de la instrucción solamente el material recogido en la misma y que no haya desaparecido, o bien que los informes sobre el material perecedero, que no puede ser objeto de nuevo análisis lo posible. El resto de lo practicado para favorecer la búsqueda de vestigios, debe quedar al margen de su consideración, precisamente porque no son perecederos y pueden practicarse de nuevo en el juicio.[406]

MIRANDA ESTRAMPES al tratar el principio de contradicción señala que el proceso penal está presidido por el referido principio, cuando ambas partes –acusador y acusado- tienen la posibilidad efectiva de comparecer o acceder a la jurisdicción a fin de poder hacer valer sus respectivas pretensiones, mediante la introducción de los hechos en que la fundamentan y su correspondiente práctica de pruebas, así como cuando se le reconoce al acusado el derecho a ser oído con carácter previo a la imposición de una pena privativa de libertad; que en el acto de juicio oral la contradicción se garantiza mediante la necesaria presencia del acusado o procesado y de su letrado defensor; que los actos de prueba no son una simple repetición de los actos de investigación, sino que su propia mecánica y desarrollo es distinta, de

---

[405] Juan MONTERO AROCA. Principios del Proceso Penal. Una explicación basada en la razón. Editorial Tirant lo Blanch. Valencia, 1997. PP. 154 y ss. Igualmente p. 179.

[406] Jordi NIEVA FENOLL. Fundamentos de Derecho Procesal Penal. Editorial IB de F. Buenos Aires, 2012. p. 225

ahí que en el juicio oral no se trate simplemente de corroborar, confirmar o ratificar lo practicado durante el sumario, ya que el material probatorio que se obtenga del juicio oral, será el producto de la actividad de todas las partes y del tribunal, mientras que en los actos de investigación el protagonismo corresponderá al órganos instructor.

Insiste el autor español en comento citando a ORTELLS RAMOS que el principio de contradicción en su proyección sobre la actividad probatoria, no se satisface con el simple hecho que le material probatorio se introduzca en el acto de juicio oral de modo que todas las partes pueden conocerlo y discutirlo, sino que es preciso que ese material se obtenga como resultado de la actividad de todas las partes y del tribunal, practicando según su específica normativa cada uno de los medios probatorios.[407]

Concluyamos este punto precisando que la única prueba capaz de crear convicción judicial, será aquella que se realice con loa garantía del contradictorio, pues ello permitirá dar cumplimiento a los derechos constitucionales y humano a los que nos hemos referido.

De esta manera concluimos expresando que el principio de control de la prueba, es aquel que garantiza a las partes el derecho de intervenir en los actos de prueba, para vigilar, fiscalizar, cuestionar o hacer las observaciones que consideren pertinentes y que sean permitidas, en su evacuación.

1.5. Principio de publicidad de la prueba.

En el proceso las pruebas no son reservadas u ocultas, ni para las partes ni para los terceros, pues las actas procesales son públicas, salvo que se hayan reservado por motivos determinados, de manera que insistimos las pruebas son públicas, lo cual quiera decir que todos lo sujetos procesales, más aún todas aquellas personas que tengan interés, tienen acceso a los medios de prueba que han sido aportados por las partes o que el juez ha traído al proceso a través de su actividad oficiosa, pudiendo conocerlas y objetarlas.

La publicidad es un principio general del proceso aplicado al tema de la prueba, que democratiza al proceso y permite una justicia transparente e imparcial, donde el ciudadano tiene asegurado el derecho a conocer los medios probatorios y las fuentes que sirven al judicante para el establecimiento de los hechos y la convicción judicial, pero que no se contenta con ello, pues también involucra la necesaria garantía de conocer con anticipación su co9ntenido, el momento en que se controvertirá cada medio probatorio y sus resultados, para así permitir a las partes ejercitar sus derechos constitucionales en materia

[407] Manuel MIRANDA ESTRAMPES. Ob. cit. pp. 272 y ss.

probatoria, especialmente la contradicción o bilateralidad, no solo en los sistemas de procedimiento escritos sino y especialmente en los orales como vimos en puntos anteriores, lo que permitirá una efectiva interdicción de realizar pruebas clandestinas y de la aplicación del conocimiento privado del judicante, pues las pruebas deben ser recibidas en audiencia oral y pública. Como indicamos la publicidad como principio aplicado a la prueba garantiza una justicia imparcial y transparente y democrática, pues de la misma forma como las partes conocen el contenido de toda la actividad probatorias y pueden controlarla mediante los instrumentos y mecanismos creados tanto para la instancia como en vía recursiva, también los ciudadanos pueden controlar las sentencias y su contenido a partir del conocimiento que tengan de lo actuado en el proceso, en la audiencia oral y el contenido del propio acto sentencial, todo lo que se garantiza gracias al principio que comentamos.

AZULA CAMACHO al referirse a éste principio, señala que el mismo consiste en que no pueden existir en el proceso pruebas ocultas, ya que las mismas deben ser conocidas por las partes, todo lo cual ofrece un triple aspecto, a saber: a. Una parte tiene derecho a enterarse de las pruebas pedidas por la otra; b. Todas las partes deben saber el valor o poder de convicción que el juzgador le da a cada prueba y a todas en su unidad o conjunto; y c. Cualquier persona tiene la oportunidad de asistir a la práctica de las pruebas. [408]

En nuestro sistema de procedimientos el principio bajo análisis se encuentra presente con sus diversas modalidades, así por ejemplo en el procedimiento civil escrito encontramos que conforme a lo normado en el artículo 110 del Código de Procedimiento Civil, los medios probatorios una vez promovidos en el lapso de promoción a que se refiere el artículo 396 *ejusdem*, no se hacen públicas, es decir, no se agregan o publican en el expediente, por el contrario las mismas una vez promovidas son reservadas por el secretario, quien al día de despacho siguientes al vencimiento del lapso de promoción de pruebas, debe agregarlas, publicarlas o incorporarlas al expediente, siendo a partir de éste momento, que las pruebas son legalmente incorporadas al proceso y se hacen públicas, previsión legal que no tiene justificación alguna, especialmente cuando la oposición a las mismas se hará en un momento procesal posterior al vencimiento del lapso de proposición de pruebas, de manera que se trata al proceso como una especie de sorpresa para las partes en este tema de las pruebas, siendo que por el contrario y en aplicación de un criterio garantista, la publicación inmediata de las pruebas al ser propuestas, permitiría a las partes conocer su contenido y eventualmente, en la medida que no hubiera vencido el lapso de promoción, proponer nuevos medios probatorios para enervar los propuestos por su contendor judicial, lo que para nada afectaría el trabajo del órgano jurisdiccional, quien tendría que pronunciarse sobre su admisión mucho tiempo después, tal y como lo veremos en otro momento.

---

[408] Jaime AZULA CAMACHO Ob. cit. p. 7.

En materia laboral, las pruebas se promueven en la audiencia preliminar, tal como lo establece el artículo 73 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, siendo que las mismas se incorporarán a las actas del proceso, una vez que finalice la audiencia preliminar sin que se hubiera llegado a acuerdo alguno, lo que se traduce que el principio de publicidad en esta materia se materializa una vez que las pruebas son incorporadas por el juez de Sustanciación, Mediación y Ejecución a las actas del proceso, ello sin perjuicio que las partes tienen acceso a los medios y sabrán su contenido, pues la reserva de la audiencia preliminar no es para las partes sino respecto a los terceros; por lo demás y en cuanto a los restantes procedimientos orales, la publicidad en la prueba se aplica tanto en la audiencia oral y pública como antes de ella, mediante la realización de los actos de promoción de prueba, el contenido de las oposiciones, la fijación de la audiencia oral y su notificación eventual –cuando aplique- la celebración de la audiencia oral, su debate y la valoración que haga el juez en la sentencia, todo lo que deberá ser público tanto para las partes como para los terceros, salvo para el último caso que exista alguna reserva legal,

Destaquemos además en el sistema oral y especialmente en el proceso penal, que en base a este principio es por lo que fundamentalmente los actos de investigación no pueden tener vocación probatoria, pues generalmente los realiza el órgano instructor sin la publicidad correspondiente, concretamente sin el conocimiento del imputado y eventual acusado, pues resulta perfectamente viable incluso que la momento de realizarse los mismos, no exista como tal un imputado, de ahí la importancia de lo que comentáramos en el punto anterior, referido a que la prueba válida será solo aquella realiza en audiencia con todas las garantías procesales y constitucionales, en donde precisamente se encuentra la publicidad.

Pero la publicidad de la prueba no solo involucra el derecho que tienen todos los sujetos del proceso e interesados de tener contacto con las mismas, también involucra el derecho a enterarse oportunamente del momento que fije el operador de justicia para su materialización o evacuación, cuando la misma -oportunidad- no esté regulada en la ley como sucede en materia de juicios orales donde su materialización será en la audiencia de juicio que previamente debe ser fijada –día y hora- por el judicante, incluso en el procedimiento civil escrito, donde para la evacuación de las pruebas debe fijarse previamente su oportunidad, verbigracia la prueba de inspección judicial, testimonial, experticia, entre otras, ésta última donde los expertos tienen el deber de señalar con veinticuatro horas de antelación el día, lugar y hora en que comenzarán las diligencias, todo con la finalidad que las partes puedan asistir y ejercer su derecho de control –artículo 466 del Código de Procedimiento Civil- lo que se traduce en que la falta de señalamiento de la oportunidad de materialización de la prueba, conlleva a una vulneración del principio de publicidad que puede producir indefensión.

El principio de publicidad involucra el derecho que tienen las partes y en general la sociedad de saber el mérito que la prueba arrojó en el ánimo del operador de justicia, es decir, que parte de este principio está formado por la obligación del juzgador de motivar el porqué valora o desecha la prueba, de motivar al momento de analizar el material probatorio, pues esto evita la arbitrariedad judicial como metástasis cancerígena social arraigada, garantizando el derecho a los sujetos procesales y a la sociedad, de conocer el criterio utilizado por el juzgador al momento de establecer los hechos y en definitiva elaborar la decisión judicial, derecho éste que también encuentra su ubicación en el derecho a la tutela judicial efectiva a que se refiere el artículo 26 constitucional –derecho de motivación de los fallos, no solo en la cuestión de derecho sino de hecho- y en el derecho al debido proceso a que se refiere el artículo 49 *ejusdem*, referido al derecho de conocer el valor probatorio atribuido por el juzgador a cada prueba.

Resumiendo podemos señalar que el principio de publicad de la prueba judicial involucra:

a. Derecho a conocer la prueba.
b. Derecho a conocer la oportunidad en que se materializará.
c. Derecho de acceder a los lugares donde se realiza la prueba.
d. Derecho a conocer los datos necesarios para controlar la prueba.
e. Derecho a conocer el resultado arrojado por la prueba.
f. Derecho a conocer el valor de la prueba.
g. Derecho a ser notificado o citado cuando se trate de anticipación de medios probatorios.

1.6. Principio de formalidad.

Ya hemos dicho en este mismo capítulo que el proceso bajo los lineamientos de la Constitución de la República se caracteriza por la ausencia de formalismos, tal como lo exponen los artículos 2° 26 y 257, lo que no quiere decir que los mismos se hayan eliminados, por el contrario se han atenuado, pues un proceso sin formalidades no puede denominarse proceso, lo cual no es otra cosa que la suma de formas o formalidades que rigen su buen desenvolvimiento a través de sus principios rectores, de manera que lo que evita o interdicta la Constitución es el ritualismo excesivo o formalismos inútiles, no así la existencias de formas procesales que al final no será otra cosa que la regulación del debido proceso legal constitucionalizado y cuya previsión o estructuración se deja en manos del legislador ordinario.

Refiriéndonos al tema de la prueba, encontramos que el sistema procesal contempla un conjunto de formalidades que deben cumplir las partes y el operador de justicia en la actividad probatoria, que involucra la proposición de los medios probatorios, la contradicción, admisión y evacuación, incluso su valoración, todo lo que se ubica en el derecho a un debido proceso, especialmente cuando el propio

constituyente nos señaló en el artículo 49 constitucional, que la prueba solo será aquella obtenida en el marco del debido proceso que no esté infectada de ilegalidad e ilicitud, vale decir, que cumpla con todos los pasos y formalidades previstas y que a su vez garantizan el cumplimiento de los demás principios probatorios y procesales, para no generar así indefensión y lesión al derecho de acceder al sistema probatorio.

Entre las formalidades señaladas destacamos precisamente el establecimiento de una oportunidad de la proposición de los medios de prueba, lo que se ubica en cada sistema de procedimiento –escrito u oral-; también tenemos el cumplimiento de los requisitos propios exigidos en cada medio probatorio que se proponga, como sucede en la manifestación de reciprocidad en materia de posiciones juradas, el señalamiento expreso y específico de los hechos que se quiere que el tribunal deje constancia en materia de inspección judicial o sobre las cuestiones que recaerán la actividad de los expertos en materia de experticia, el apostillamiento o identificación del objeto de la prueba para poder determinar la pertinencia, relevancia y conducencia del medio propuesto, entre otros, elementos éstos que igualmente sirven o son requisitos formales que debe revisar el operador de justicia para la admisión de la prueba.

En cuanto a su evacuación de pruebas también el legislador regula formalidades en cada medio probatorio, como sucede por ejemplo en la prueba de posiciones juradas –número de preguntas, forma de las preguntas, tiempo de espera en caso de incomparecencia del absolvente- o en el caso de la experticia donde el dictamen pericial debe cumplir con determinados requisitos, entre otros casos.

Por último la apreciación de la prueba también se encuentra regulada por formas procesales, tales como la correcta aplicación del sistema de valoración de la prueba, la correcta aplicación de la norma jurídica sustantiva o adjetiva para la valoración de la prueba y la explicación o motivación en cuanto al mérito de las pruebas que debe realizar el juzgador; y cuando en materia probatoria se vulneran las formalidades procesales, a través de la vía recursiva ordinarias o extraordinaria –apelación o casación- bien se trate de pruebas tasadas o no, se permite la delación de normas jurídicas expresas que regulen el establecimiento de las pruebas –normas del procedimiento probatorio- así como las que regulen la valoración de las pruebas –normas de apreciación del mérito de la prueba- sin perjuicio de las normas procesales generales y probatorias que generen indefensión.

PARRA QUIJANO al referirse al éste principio y bajo la denominación de "socialización de la persuasión judicial", señala que para que la prueba pueda ser aprehendida para el proceso en forma válida, se requiere el cumplimiento de formalidades de tiempo, modo y lugar, y además su inmaculación, esto es, que este exenta de vicios como dolo, error o violencia; que la prueba puede y debe ser conocida por cualquier persona, por su proyección en el proceso de carácter social, esto es, hacer posible el juzgamiento de la persona en una forma adecuada y segura, lo que involucra a terceras personas quienes también tiene

el derecho de conocer el contenido de la actividad probatoria elevándose el prestigio de los tribunales; por último señala que este principio fundamentalmente se cumple con la motivación de las sentencias, la cual debe estar redactada de tal manera que se le dé mucha importancia a los fundamentos de hecho y a las pruebas, que precisamente será sobre lo que recae el control democrático y social, pues en efecto –dice- la mayoría de la gente por no decir todo el mundo, entiende unos hechos si se le explican bien, y la prueba pertenece a la esfera de lo razonable. El hombre se presume racional, por tanto sobre ella y por sobre todo en relación con ella, es que se puede hablar de publicidad y de socialización del convencimiento judicial, de manera que cuando las sentencias son abundantes en citas y transcripciones, pero raquíticas en la narración y evaluación de los hechos, se vulnera el principio de la publicidad y socialización de la prueba, ya que la sociedad no podrá ejercer el control sobre lo que no entiende.[409]

1.7. Principio de preclusión de la prueba

Conforme a éste principio los actos de pruebas -proposición o promoción, contradicción, evacuación o materialización y valoración- deben realizarse en las oportunidades señaladas en la ley, por lo que la realización de dichos actos en otras oportunidades diferentes a las señaladas, decretan la inadmisiblidad o eventualmente improcedencia de las pruebas por extemporáneas, generándose un germen que impide que puedan ser tendidas como válidas y capaces para formar la convicción o certeza judicial.

En este sentido todo lo relativo a la práctica de la actividad probatoria debe realizarse dentro de los lapsos señalados para su promoción y evacuación, sin perjuicio que las partes así lo consientan expresamente, caso en los cuales los medios de prueba podrán ser propuestos y realizados fuera del los tiempos previstos legislativamente, sin que el judicante pueda rechazare tal situación, pues por lo general nuestros procedimientos están regidos por el principio dispositivo, ello no obstante a que en la práctica tal situación es poco frecuente. Tal es el caso del artículo 396 del Código de Procedimiento Civil, conforme al cual las partes deben aportar o promover en el proceso, todas las pruebas de que quieran valerse, salvo los casos excepcionales que la ley señala, pudiendo sin embargo y de común acuerdo, en cualquier estado y grado de la causa, hacer evacuar cualquier clase de pruebas en que tenga interés.

Invocando algunos ejemplos del principio de preclusión en el sistema de procedimiento civil-tenemos los medios probatorios o en general la actividad probatoria debe ser realizada en el momento previsto en los artículo 396, 397, 398, 399 y 400 del Código de Procedimiento Civil, aunque hay medios probatorios que tienen una oportunidades especial para su proposición y realización, como sucede con las posiciones juradas o confesión provocada, que puede ser promovida junto al libelo de la demanda, en

[409] Jairo PARRA QUIJANO. Ob. cit. pp. 10 y 11.

el lapso de promoción de pruebas y en segunda instancia, tal como lo expresan los artículos 405 y 520 del Código de Procedimiento Civil; la prueba instrumental pública no fundamental, puede producirse hasta los informes de primera instancia o en segunda instancia, tal como lo disponen los artículos 435 y 520 *ejusdem*; y el juramento decisorio el cual proponerse en cualquier estado y grado de la causa, tal como norman los artículos 420 y 520 *ibidem*; también la prueba de confesión judicial voluntaria, bien sea pura y simple, calificada o cualificada y compleja, que puede producirse en cualquier momento procesal, al igual que la prueba indiciaria como consecuencia de la conducta procesal que desplieguen las partes en el proceso; en lo que se refiere a las pruebas instrumentales públicas o privadas fundamentales, conforme a lo previsto en el artículo 340.6 y 434 del Código de Procedimiento Civil, deben producirse junto al libelo de la demanda, salvo los casos excepcionales a que se refiere la última de las normas; por último existen otras pruebas que pueden realizarse fuera del lapso probatorio, como son las pruebas anticipadas hechas antes de iniciarse el proceso para dejar constancia de algún hecho que por la acción del tiempo o de las circunstancias pudieren desaparecer.

En cuanto a las pruebas que se traigan al proceso a través de la actividad probatoria oficiosa del juez escapan de la preclusión del lapso probatorio, así como las pruebas de experticia, inspección judicial, reproducción y reconstrucción -en el marco de proceso civil escrito- que también pueden ser acordadas oficiosamente fuera de las oportunidades procesales reguladas en la Ley.

En materia penal observamos por ejemplo que la preclusión para la proposición de las pruebas respecto al fiscal del Ministerio Público acusador, será al momento de presentar la acusación, tal como lo regula el artículo 308 del Código Orgánico Procesal Penal, aunque el artículo 311 indique que […] *Hasta cinco días antes del vencimiento del plazo fijado para la celebración de la audiencia preliminar, el o la fiscal, la víctima, siempre que se haya querellado o haya presentado una acusación propia, y el imputado o imputada, podrán realizar por escrito los siguientes actos. 7. Promover las pruebas que producirán en el juicio oral, con indicación de su pertinencia y necesidad. 8. Ofrecer nuevas pruebas de las cuales hayan tenido conocimiento con posterioridad a la presentación de la acusación fiscal.* En los términos de las citadas normas tenemos que en teoría la oportunidad preclusiva de presentación de pruebas para el fiscal, será al momento de la acusación, en tanto que para la víctima querellada y el imputado hasta cinco días antes del plazo fijado para la celebración de la audiencia preliminar; pero no obstante también puede observarse la posibilidad para el fiscal que luego de presentada la acusación y en el precitado lapso de cinco días, puede presentar o proponer nuevos medios probatorios, lo que ha sido criticado por la doctrina al considerar que ello lesiona el derecho a la defensa del imputado de poder proponer medios probatorios contra los propuestos nuevamente por el fiscal acusador, cuando ello se produce el último de los días del lapso de cinco días antes de la celebración de la audiencia preliminar, sin perjuicio de la consideración que para el imputado en este caso, habría

excepcionalmente la posibilidad de producir pruebas de descargo respecto alas pruebas sobrevenidas del fiscal.

En todo caso lo cierto es que la norma permite que el fiscal pueda producir nuevamente pruebas luego de la acusación, ya no solo respecto a las que haya tenido conocimiento con posterioridad a la presentación de la acusación, sino en general cualquier medio probatorio, caso en el cual, coincidimos con la opinión referida a que en este supuesto, si los medios son propuestos por el fiscal el último día del precitado lapso de cinco días, debe permitírsele al imputado –si a bien lo tiene- producir medios probatorios que tienda a enervar los propuestos en este momento por el fiscal, lo que debe ser analizado cuidadosamente para evitar que se introduzcan medios probatorios que para nada guardan relación con los medios propuestos por el fiscal y que tienden a llevar subrepticiamente medios extemporáneos no propuesto en el lapso de cinco días.

También en el proceso penal existe la posibilidad de proponer medios probatorios fuera de los lapsos señalados, cuando se trata de pruebas sobrevenidas o nuevas pruebas conocidas con posterioridad a la audiencia prelimar, cuando se produzca una ampliación de la acusación y cuando el juez advierta una nueva calificación jurídica –artículos 326, 333 y 334 del Código Orgánico Procesal Penal, todo ello sin perjuicio del contenido del artículo 342, donde excepcionalmente el tribunal podrá ordenar de oficio o a petición de parte la recepción de cualquier medio de prueba, sin en el curso de la audiencia surgieran nuevos hechos o circunstancias que necesitaran ser establecidas, sin suplir actividad probatoria de parte –carga-. La evacuación de las pruebas será en la audiencia oral y pública, salvo el caso excepcional de anticipación de medios probatorios a que se refiere el artículo 289 *ejusdem*-

En cuanto al proceso laboral la oportunidad de promoción de los medios probatorios será en la audiencia preliminar y su evacuación en la audiencia de juicio –artículos 75 y 152 de la Ley orgánica Procesal del Trabajo.

Como notamos en cada sistema de procedimiento se previó un momento procesal para la prueba, pero sin perjuicio de ello el principio de preclusión no solo obliga a las partes a producir pruebas en los tiempos procesales regulados legalmente, sino que dicho principio también abraza la actividad de las partes para oponerse a la admisión de los medios y para impugnar, desconocer, tachar según los casos, los medios probatorios que sean aportados a los autos, lo que se traduce en que el derecho de contradecir y controlar las pruebas, así como de impugnarlas en forma genérica o específica, debe realizarse en sus tiempos procesales so pena de extemporaneidad. Este principio también involucra la necesaria admisión, materialización y apreciación de la prueba en sus oportunidades procesales.

El principio de preclusión como nos dice DEVIS ECHANDÍA se trata de una formalidad de tiempo u oportunidad para la práctica de la prueba, relacionado con el principio de contradicción y lealtad,

donde se persigue impedir que se sorprenda al adversario con pruebas producidas en último momento que no alcance a controvertir, o que se propongan cuestiones sobre las cuales no pueda ejercitarse la defensa.

Concluyendo encontramos, que el principio de preclusión en materia de pruebas involucra la realización de la actividad probatoria en sus oportunidades legales, que abarca: a. Proposición de pruebas; b. Oposición a las pruebas; c. Admisión de pruebas; d. Evacuación de pruebas; y e. Valoración de pruebas.

1.8. Principio de libertad probatoria

Conforme a este principio las partes no tienen límite en el uso de los medios probatorios con los cuales aspiran demostrar sus extremos de hecho afirmados o enunciados como fundamentos de sus pretensiones o excepciones al ser el supuesto de las normas jurídicas contentivas de las consecuencias pedidas, pudiendo hacer valer cualquier medio de prueba regulado en el Código Civil, Código de Procedimiento Civil o cualesquiera otras leyes, e incluso aquellas pruebas que no se encuentren reguladas en Ley, siendo la única limitante en cuanto a los usos de los medios de prueba, que el mismo no sea expresamente prohibido en la ley, prohibición que como hemos visto debe ser analizado desde una óptica constitucional para conocer si la misma tiene un fin constitucional y garantista, siendo proporcional, racional, razonable y lógico.

De esta manera y conforme al principio en estudio, observamos que en la ley existen los denominados "medios de pruebas regulados o tasados" y "medios de pruebas no regulados o libres", siendo los primeros, aquellos que están previstos en las leyes, es decir, que su forma de promoción y evacuación viene determinado por las leyes; en tanto que los medios de prueba no regulados, son aquellos que no están previstos en las leyes, no teniendo regulada su forma de promoción y evacuación, en cuyo caso su promoción y evacuación, se realizará aplicando por analogía los medios probatorios regulados, como por ejemplo el caso de la fotografía, el cual se asemeja a la prueba instrumental privada, a cuyo efecto se promoverá y evacuará aplicando analógicamente las normativas de la prueba escrita.

El principio en estudio nos dice DEVIS ECHANDIA comprende no solo la libertad en la utilización de medios probatorios, sino también la libertad de objeto de la prueba, esto es, que pueden probarse cualquier clase de hecho que de alguna manera influya en la decisión del proceso y que las partes pueden intervenir en su práctica.[410]

Como estudiamos en su oportunidad este principio por primera vez es regulado en nuestro sistema procesal en el art5ículo 395 del Código de Procedimiento Civil de 1987, que señala […] *Son medios*

---

[410] Hernando DEVIS ECHJANDÍA. Ob. cit. T. I. p. 131.

de prueba admisibles en juicio aquellos que determine el Código Civil, el presente Código y otras leyes de la República. Pueden también las partes valerse de cualquier otro medio de prueba no prohibido expresamente por la ley, y que consideren conducente a la demostración de sus pretensiones. Estos medios se promoverán y evacuaran aplicando por analogía las disposiciones relativas a los medios de pruebas semejantes contemplados en el Código Civil, y en su defecto en la forma que señale el Juez."

También el legislador lo previó en el artículo 182 del Código Orgánico Procesal Penal al señalar […] *Salvo previsión expresa en contrario de la ley, se podrán promover todos los hechos y circunstancias de interés para la correcta solución del caso y por cualquier medio de prueba, incorporado conforma las disposiciones de este Código y que no esté expresamente prohibido por la ley.*"; en el artículo 70 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo que señala […] *Son medios de prueba admisibles en juicio aquellos que determina la presente Ley, el Código de Procedimiento Civil, el Código Civil y otras leyes de la República; quedan excluidas las pruebas de posiciones juradas y de juramento decisorio. Las partes pueden también, valerse de cualquier otro medio de prueba no prohibido expresamente por la ley y que consideren conducente a la demostración de sus pretensiones. Estos medios se promoverán y evacuarán, de la forma preceptuada en la presente Ley, en lo no previsto en esta se aplicarán, por analogía, las disposiciones relativas a los medios de pruebas semejantes contemplados en el Código de Procedimiento Civil, Código Civil o en su defecto, en la forma que señale el Juez del Trabajo.*", y en el artículo 450.k de la Ley Orgánica para la Protección del Niños, Niña y Adolescente que prevé […] *Libertad probatoria. En el proceso, las partes y el juez o jueza, pueden valerse de cualquier medio de prueba no prohibido expresamente por la ley y el juez o jueza lo apreciará según las reglas de la libre convicción razonada.*", en el artículo 19 de la Ley de Procedimiento Marítimo al señalar […] *Las partes pueden valerse de todos los medios de prueba, no prohibidos expresamente por la ley y que consideren conducentes a la demostración de sus pretensiones. Para su evacuación, se dictarán las providencias necesarias para garantizar el derecho a la defensa de las partes. El juez analizará, valorará y apreciará las pruebas conforme a las reglas de la sana crítica.*"

Nos dice BELLO MÁRQUEZ refiriéndose al principio en estudio en el Marco del proceso civil, que de no existir un vaso comunicante entre el medio de prueba regulado y el no regulado, la forma de promoción y evacuación la determinará el juez, como puede ser por ejemplo un video, DVD, VCD, pens drive, CD-ROM, entre otros, que se promoverá y evacuarán en la forma que señale el operador de justicia, ya que no existe un medio de prueba regulado y análogo en nuestro ordenamiento jurídico.[411]

Importa destacar que el legislador en el artículo 395 del Código de Procedimiento Civil, señala que los medios de prueba no regulados se promoverán y evacuarán aplicando por analogía las disposiciones relativas de los medios de pruebas semejantes contemplados en el Código Civil, lo cual infelizmente delimita la aplicación de la analogía a los medios de prueba contenidos en la ley sustantiva

---

[411] Humberto BELLO LOZANO MARQUEZ. Las Fases del Procedimiento Ordinario. Editorial Mobilibros. Caracas, 1996. pp. 114 y ss.

civil, pero en aplicación de un criterio garantista tenemos que esa analogía no se debe limitar al Código Civil, siendo perfectamente aplicable la analogía con otras leyes de la República mas novedosas y actualizadas que regulen medios probatorios semejante, pues el precitado Código data del año de 1986, y en los actuales momentos existen medios probatorios técnicos y computarizados que no fueron previstos por el legislador de la fecha, como es le caso del Decreto con Rango y Fuerza de Ley de Mensajes de Datos y Firmas Electrónicas.

También es necesario precisar que si bien existe una libertad en cuanto a la utilización de los medios probatorios, ello no puede significar su utilización a cualquier costo para obtener una fuente probatoria, especialmente cuando deben ser garantizados los derechos de los ciudadanos, como su dignidad, honor, reputación, dignidad, la defensa, entre otros, y cuando observamos que la prueba válida solo será aquella que respete el debido proceso y se obtenga de manera legal y lícita, por lo que cualquier atentado a los derechos constitucionales y legales en materia probatoria afectan la validez de la prueba lo que no puede ser superado con la invocación del principio de libertad probatoria; en otras palabras, la libertad probatoria como principio no es sinónimo de libertad de actuación en la obtención de fuentes probatorias ni de utilización de medios al margen de la ley y de la Constitución, especialmente cuando se atenta contra los derechos constitucionales como la defensa y la presunción de inocencia.

1.9. Principio de inmediación, concentración y de dirección del juez en la práctica de la prueba.

Comencemos diciendo que la inmediación y concentración junto a la publicidad y la bilateralidad o contradicción, son los principios propios o característicos del sistema de procedimiento oral y aún no son propios de él, pues también resultan aplicables al tema de las pruebas en el proceso, si se manifiestan en su máxima expresión, pues precisamente estos principio permiten garantizar los derechos constitucionales de aplicación procesal como la defensa, la imparcialidad y el derecho de acceder al sistema probatorio, de manera que no se trata de un mero ejercicio académico de exigencia de tales principios, pues y como lo hemos venido expresando, salvo el caso de la anticipación de medios probatorios los únicos medios probatorios válidos y las fuentes que pueden servir para fundamenta la sentencia, para la convicción judicial, serán aquellas practicadas, realizadas o simplemente formadas en el proceso, en la audiencia oral pública y contradictoria, con bilateralidad de las partes, lo que y como vimos excluye la posibilidad de sostener la sentencia en función de pruebas practicadas fuera del él, como sucede con los actos de investigación.

La inmediación es una manifestación propia del principio de la oralidad, aunque también se presenta en una forma atípica o atenuada en el procedimiento escrito, como indica MIRANDA

ESTRAMPES presenta un doble aspecto a saber: a. **Subjetivo:** Que se inspira en la idea que el juzgador que ha de sentenciar es el que debe presenciar los actos probatorios -sin perjuicio de la atenuación que se observa en materia de anticipación de medios- lo que le permitirá un mejor conocimiento del asunto para la formación de su convicción, analizando la conducta de los sujetos procesales y órganos de prueba, como la conducta desplegada por las partes, testigos y demás sujetos que intervengan, el tono de voz, las vacilaciones al responder, la miradas, dudas, silencios y demás aspectos propios que permitirán le permitirán formarse un mejor criterio, una visión completa de los medios probatorios y las fuentes allegadas al proceso; y b. **Objetivo**: Relacionado con el hecho que los medios probatorios que preferiblemente deben ser tomados en consideración para la convicción judicial, se referirán aquellas que guardan mayor relación con el tema debatido.[412]

MONTERO AROCA al tratar el principio de la inmediación manifiesta que la convicción judicial del juzgador de instancia debe formarse atendiendo únicamente a lo visto y oído personalmente por él en la audiencia oral, de modo que lo que sirve para crear esa convicción no es el reflejo documental de las pruebas practicadas, sino el recuerdo de lo que ante él se ha realizado.[413]

LOPEZ BLANCO nos dice que en virtud de la técnica de inmediación, se busca que sea el juez quien de manera persona y directa, sin intermediarios, practique las pruebas, lo que es opuesto a la mediación, donde se permite que el recaudo de la prueba sea recibido por personas diferentes a quien deba sentenciar. Importa destacar que el maestro colombiano no es partidario de la inmediación, quien a su decir no debe ser considerado como principio sino como regla técnica predicable al proceso probatorio; que en la práctica resulta casi imposible que el juez atienda a la inmediación por el gran número de trabajo que tiene y que generalmente cuando llega el momento de sentencia, puede suceder que el juez que recibió las pruebas sea ascendido, jubilado o retirado, lo que entorpecería el procedimiento; señala que la imposición al juez de presenciar todo el debate para que pueda apreciar la prueba, en definitiva genera retardo ante su imposibilidad de cumplirla, especialmente cuando el debate se deja en manos de los sujetos procesales y el juez es convertido en una especie de convidado de piedra, a lo que se suma el hecho que la tan pregonada inmediación que se presenta en la instancia, no se produce en la alzada que también se presenta como otro derecho fundamental y donde hay mediación, problemática que a su decir no se corrija con el aumento del número de jueces para que atiendan las causas, sino que debe darse paso a otro criterio, como lo es la mediación y especialmente la consciencia de las nuevas generaciones de abogados respecto a su papel en los procesos judiciales como

---

[412] Manuel MIRANMDA ESTRAMPES. Ob. cit. pp. 271 y ss.
[413] Juan MONTERO AROCA. Ob. cit. p. 180 y ss.

colaboradores, que hagan fructífero el terreno de la práctica de los medios de prueba de común acuerdo y sin intervención del órgano jurisdiccional.[414]

Posiblemente esta visión la tuvo el doctor Bernardo BENTATA –redactor de la Ley del Procedimiento Marítimo- cuando importando las ideas del sistema anglosajón, incorpora novedosamente en nuestra legislación el contenido del artículo 12 de la Ley de Procedimiento Marítimo que señala […] *Cuando las partes estuvieren de acuerdo, previa participación conjunta al Tribunal, las diligencias probatorias que se hubiesen solicitado en juicio o en medidas prejudiciales y que se refieran a materias tratadas por esta Ley, podrán llevarse a cabo extrajudicialmente, pero con asistencia de los abogados de las partes. Si durante la producción de esta prueba se suscitaren controversias entre las partes, se suspenderá el acto reservándose la decisión sobre los puntos controvertidos para el Juez que conoce el proceso o el que deba conocer, si se trata de diligencias prejudiciales. Lo aquí expresado no obsta a que se continúe extrajudicialmente con otras actuaciones probatorias. Las diligencias probatorias que se hubieren interrumpido por oposición de alguna de las partes, podrán continuarse judicialmente si así se solicita..*[415]

Si la inmediación como vemos es un principio esencial de los procedimientos orales, que comprende la necesidad de identidad entre el juez que haya de sentenciar y el que reciba las pruebas en su noción general, debiendo ser el mismo ante quien se realice la audiencia oral –pública- y donde se practiquen los medios probatorios, pues solo así podrá formarse la prueba, siempre con bilateralidad o contradicción en respeto del derecho a la defensa, inmediatamente como consecuencia de lo señalado debe dotársele al judicante del poder de dirección de los actos procesales, de la conducción de la audiencia oral, para lo que generalmente las leyes le otorgan facultades como la de establecer la forma como se llevará la audiencia, fijando el tiempo de las intervenciones, el orden como se harán las mismas y se practicarán las pruebas, la posibilidad de intervenir en la evacuación de los medios probatorios para proteger a los testigos en sus interrogatorios ante determinadas preguntas, así como a las partes, la posibilidad de dirigir preguntas a ellos, a los expertos y en general, un conjunto de potestades que le permiten la buena conducción de la audiencia, sin perjuicio que sea el propio legislador quien señale la forma como se llevará la misma, todo lo que permite afirmar que el juez tiene un rol activo en la audiencia de conducción como director que es, no solo de la precitada audiencia sino en general del proceso.

Así podemos ver que en el marco del procedimiento penal, el tema es tratado en el artículo 16 del Código Orgánico Procesal Penal, donde se indica que el juez que ha de pronunciare la sentencia necesariamente deberá presenciar ininterrumpidamente el debate, así como la incorporación de las pruebas de las cuales obtenga su conocimiento, vale decir, que la convicción judicial sólo podrá ser el

---

[414] Hernán Fabio LÓPEZ BLANCO. Ob. cit. T. III. pp. 31 y ss.

[415] Véase Bernardo BENTATA. Avances Jurisprudenciales sobre Procedimiento Marítimo. En Libro Conmemoración X años de Legislación Acuática Venezolana. Editorial Legis. Caracas, 2011. pp. 129 y ss.

resultado de la prueba formada en la audiencia oral y pública, la cual en los términos del artículo 17, deberá realizarse en un solo momento, de ser posible o en el menor número de días consecutivos –principio de concentración- pero y como indicamos la única prueba válida –salvo casos excepcionales como la anticipación de medios- que se considera como aquella incorporada y practicada válidamente –artículo 181 y 183- conforme a las disposiciones del Código Orgánico Procesal Penal, serán aquellas formadas en la audiencia de juicio –artículo 14- lo que excluye que los actos de investigación puedan ser consideramos como prueba capaz de destruir la presunción de inocencia.

También es importante destacar respecto al desarrollo de la audiencia oral y conforme a la dirección que debe tener el judicante en la misma, que el propio Código Orgánico Procesal establece un conjunto de parámetros que le indican al judicante como llevará a cabo la misma, lo que va desde el inicio de la audiencia hasta su final, comenzando con la verificación de la presencia de todos los sujetos procesales, partes, expertos, intérpretes, testigos, luego de lo cual declarará abierto el debate, advirtiendo al acusado y al público sobre la importancia y significado del acto, que entre otras cosas es el debate contradictorio de respecto a los hechos acusados, los medios probatorios que se evacuarán en bilateralidad para allegar las fuentes que permitan verificar los enunciados de la acusación y crear convicción judicial, a través de esa mínima actividad probatoria de cargo y en cabeza del acusador, que sea capaz de destruir la presunción de inocencia, sin perjuicio de la actividad de defensa y probatoria del acusado, a la cual por demás no está obligado en base a la precitada presunción, todo conforme a los términos del artículo 327 del Código Orgánico Procesal Penal. Declarada abierta la audiencia, en los términos del artículo 330 se procederá luego de las exposiciones de las partes, a recibir la declaración del acusado, con las formalidades de ley, que no son más que el conjunto de derechos o garantías que envuelven a este acto a los que nos hemos referido en otro momento, lo que continuará con la recepción de los medios probatorios y su evacuación en el orden que indica el propio Código, sin perjuicio de la facultad que se le otorga al judicante de alterar el mismo; en este sentido se procederá a la evacuación de la experticia, seguido por la declaración de los testigos y su interrogatorio dirigido, documentales, exhibición de cosas, objetos u otros elementos ocupados, inspecciones judiciales y demás medios probatorios, disponiendo el judicante en cada caso de un conjunto de facultades como la de interrogar al acusado, a los expertos y testigos, protegerlo en los interrogatorios cruzados, como sucede en el caso de los testigos ante preguntas sugerentes, sugestivas, capciosas o impertinentes y relevarlos de responder preguntas en este sentido, todo conforme al contenido de los artículos 336 y 342, y que en definitiva terminará con las observaciones o informes finales o conclusivos de las partes –discursos de cierre- para dar paso en esa misma día –audiencia- al dictado de la sentencia.

Como podemos apreciar del sistema penal, se presenta de una manera bien marcada –propio del sistema oral- la aplicación de los principios de inmediación y dirección del judicante en la actividad probatoria.

Si nos remitimos a otros sistemas de procedimiento oral previstos en nuestra legislación, el tema no es diferente, no solo y en general a lo largo de todo el proceso, sino especialmente en materia probatoria, donde los principios de inmediación, publicidad, concentración, contradicción y dirección del juez en el debate juegan un papel estelar, tal como lo podemos observar en el laboral –ver artículo 2 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo- donde los medios probatorios propuesto y admitidos serán evacuados en contradictorio en una audiencia oral y probatoria llevada ante un juez de Juicio, momento en el cual cada parte expondrá sus alegatos de hecho enunciados en la demanda y en la contestación, lo que dará paso a la evacuación de las pruebas en la forma que indique el judicante, pues y salvo el señalamiento que se comenzarán con las del demandante y seguirán las del demandado –aunque este orden puede ser alterado por el judicante- no hay previsión del orden de materialización de los medios probatorios.

La cuestión no es diferente por ejemplo en el sistema procedimental de niños y adolescentes, tal como puede apreciarse del contenido del 484 de la Ley Orgánica de Protección del Niño, Niña y Adolescente que señala […] *En el día y la hora señalados por el Tribunal de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes tendrá lugar la audiencia de juicio, previo anuncio de la misma. La audiencia de juicio es pública, salvo las excepciones previstas en la ley, y la presidirá y dirigirá el juez o jueza de juicio, quien explicará a las partes la finalidad de la misma. En los procedimientos relativos a Responsabilidad de Crianza, Obligación de Manutención y Régimen de Convivencia Familiar, es obligatoria la presencia personal de las partes. Las partes deben exponer oralmente sus alegatos contenidos en la demanda y en su contestación y no se admitirán nuevos alegatos, salvo aquellos que hayan surgido durante el proceso o, que a criterio del juez o jueza, sean anteriores al proceso pero no se tuvo conocimiento de ellos. No se permitirá a las partes la presentación o la lectura de escritos, salvo que se trate de alguna prueba existente en autos, a cuyo tenor deba referirse la exposición oral. Seguidamente se evacuarán las pruebas, comenzando con las de la demandante, en la forma y oportunidad que determine el juez o jueza. Evacuada la prueba, se concederá a la parte contraria un tiempo breve, para que haga oralmente las observaciones que considere oportunas. Las partes deben presentar los testigos que hubieren promovido en la audiencia preliminar, con su identificación correspondiente, los cuales deben comparecer sin necesidad de notificación, a fin que declaren oralmente ante el juez o jueza. Los dictámenes periciales se incorporarán previa lectura, la cual se limitará a las conclusiones de aquellos, estando los y las peritos obligados y obligadas a comparecer para cualquier aclaración que deba hacerse en relación con los mismos, pudiendo las partes y el juez o jueza interrogarlos. La prueba documental se incorporará mediante lectura total o parcial de los mismos por las partes o el juez o jueza. El juez o jueza debe conducir la prueba en búsqueda de la verdad, tendrá los poderes de conducción, corrección a las partes y podrá admitir o rechazar las preguntas si*

estimare que son inconducentes o impertinentes. Asimismo, podrá ordenar, a petición de parte o de oficio, la evacuación de cualquier otra prueba que considere necesaria para el mejor esclarecimiento de la verdad. Culminada la evacuación de las pruebas, se oirán las conclusiones de las partes, primero de la demandante y luego de la demandada. Seguidamente se oirá la opinión del niño, niña o adolescente, de forma privada o en presencia de las partes, pudiendo solicitar los servicios auxiliares del equipo multidisciplinario del tribunal si se estimare conveniente a su condición personal y desarrollo evolutivo. La audiencia de juicio puede prolongarse en el mismo día, una vez vencidas las horas de despacho, hasta que se agote el debate, con la aprobación del juez o jueza. En todo caso, si no fuere suficiente la audiencia fijada para agotar completamente el debate, ésta debe continuar al día siguiente y así cuantas veces sea necesario hasta agotarlo. Constituye causal de destitución del integrante del equipo multidisciplinario del Tribunal, su inasistencia sin causa justificada a la audiencia de juicio para la incorporación y aclaración de sus experticias."

En el procedimiento oral civil aplicable al procedimiento marítimo, la evacuación de los medios probatorios se hará en la audiencia oral y pública a que se refiere el artículo 870 del Código de Procedimiento Civil, donde el juez dispone de todas las facultades disciplinarias y de orden para asegurar la mejor celebración de la misma y tras una la exposición oral del actor y del demandado respecto a su extremos de hecho enunciados en la demanda y en la contestación, se procederá al recibimiento de los medios probatorios y a su evacuación, para lo cual se seguirán las reglas del procedimiento ordinario en cuanto no se opongan al procedimiento oral y donde una vez materializada cada medio probatorio, el judicante concederá a la contraria un tiempo breve para que haga oralmente las observaciones que considere oportunas o las repreguntas a los testigos. De esta manera y respecto al tema que nos interesa, puede apreciarse que en materia civil y marítima como sistema de procedimiento oral está regido por el principio de inmediación en materia probatoria, donde la prueba válida para formar la convicción judicial, necesariamente es aquella formada con contradictorio o bilateralidad en la audiencia oral, la cual se llevará a efecto bajo la dirección del juez, quien deberá fijar la forma como se llevará a cabo la misma y como se materializarán los medios probatorios.

En cuanto al procedimiento agrario la materialización de las pruebas también será en una audiencia oral y pública, donde las partes expondrán oralmente sus extremos de hecho afirmados en la demanda o en su contestación debiendo presentar sus pruebas, todo conforme al contenido del artículo 224 de la Ley de Tierras y Desarrollo Agrario que señala […] *Previa una breve exposición oral, tanto del actor como del demandado, se recibirán las pruebas de ambas partes. En esta audiencia no se permitirá a las mismas, ni la presentación, ni la lectura de escritos, salvo que se trate de algún instrumento documental que constituya un medio de prueba existente en los autos a cuyo tenor deba referirse la exposición oral, o se traten de datos de difícil recordación."* La evacuación de los medios probatorios se hará en la audiencia oral de pruebas, salvo que por su naturaleza, requieran ser evacuadas en forma

anticipada, caso en el cual deberán ser tratadas oralmente en la audiencia de pruebas, sin lo cual no tendrán valor probatorio alguno. En esta oportunidad procesal, una vez tratada por la parte sus pruebas, la otra tendrá la oportunidad de controlar la misma, así como de hacerles las observaciones que a bien tenga, bien sobre el resultado o mérito de la misma. De tratarse de la prueba de experticia –la cual por demás se realizará por un solo experto- e inspección judicial que por su naturaleza tuvieron que materializarse anticipadamente –antes de la audiencia probatoria- en el primero de los casos, el experto deberá comparecer a la audiencia de pruebas a los fines que realicen sus exposiciones y conclusiones; en tanto que de tratarse de la prueba de inspección judicial, la misma deberá ser tratada oralmente en la audiencia correspondiente, a los fines que se realice su control y observaciones. También el operador de justicia agrario, podrá solicitar asesoramiento técnico con el objeto de requerir dictámenes a funcionarios expertos, sin carácter vinculante. Respecto a la prueba testimonial que haya sido propuesta y admitida, su evacuación se realizará en la audiencia probatoria, teniendo el proponente la carga de llevar al testigo a la audiencia, a los fines que deponga sobre los hechos controvertidos, sin necesidad de citación previa. Si la prueba propuesta fue la de confesión provocada o posiciones juradas, esta se evacuará en la audiencia probatoria. De esta manera el artículo 225 de la Ley nos dice […] *Las pruebas se evacuarán en el debate oral, salvo que por su naturaleza deban evacuarse en forma anticipada. Las pruebas evacuadas fuera de la audiencia de pruebas carecen de valor probatorio si no son tratadas oralmente en el debate. La parte promovente tratará verbalmente de las pruebas promovidas pudiendo la parte contraria hacer todas las observaciones pertinentes sobre el resultado o mérito de la misma. El Juez podrá interrogar a los testigos, a los expertos y a las propias partes en el debate probatorio, pudiendo igualmente en caso de formulación de posiciones juradas, de repreguntas de los testigos, de observaciones de los expertos o de cualquier otra prueba, hacer cesar las observaciones de la parte contraria. En la audiencia oral se evacuarán los testigos, se absolverán posiciones juradas y el reconocimiento de documentos. Las partes deben presentar a los testigos sin necesidad de citación previa. En caso de absolución de posiciones juradas, debe haberse citado previamente al absolvente. Se levantará acta de las resultas de la audiencia probatoria, dejándose un registro o grabación de la audiencia por cualquier medio técnico de reproducción o grabación. Si no se concluye con la evacuación de las pruebas, el Juez fijará otra oportunidad para que continué la audiencia oral, bien sea oficiosamente o a solicitud de parte y así cuantas audiencias sean necesarias hasta agotar el debate probatorio."*

La norma en cuestión debe concatenarse con el contenido del artículo 188 que señala […] *La causa se sustanciará oralmente en audiencia o debate. Las pruebas se evacuarán por los interesados en*

el debate oral, salvo que por su naturaleza deban practicarse fuera de la audiencia. En este caso, la parte promovente de la prueba tratará oralmente de ella en la audiencia y la parte contraria podrá hacer al tribunal todas las observaciones que considere pertinentes sobre el mérito de la misma. Si la prueba practicada fuera de la audiencia es la de experticia, se oirán en el debate oral las exposiciones y conclusiones orales de los expertos y las observaciones que formulen las partes, sin lo cual la prueba carecerá de eficacia y será desestimada por el juez. Las experticias judiciales las ejecutará un solo experto designado por el juez, quien fijará un plazo breve para la realización de la misma. El juez podrá hacer los interrogatorios que considere necesarios a las partes, a los testigos y a los peritos, en la audiencia o debate oral."

En materia de dirección de debate, el juez agrario podrá hacer los interrogatorios que considere necesarios a las partes, testigos y peritos; igualmente en caso de posiciones juradas o confesión provocada, de repreguntas a testigos, observaciones a los expertos o de cualquier otra prueba, hacer cesar las observaciones de la parte contraria. De los interrogatorios a las partes si la respuesta obtenida es desfavorable a sus intereses o favorables a los intereses de la otra parte y se trata de hecho propios o personales, estaremos en presencia de una confesión judicial voluntaria; pero en caso de negativa o evasiva a contestar, estaremos en presencia de una conducta procesal de la parte que pudiera tomarse como indicio.

En definitiva y como podemos observar de la regulación legal en cada uno de los procedimientos orales referidos, el tema de la inmediación, la oralidad, la concentración, la bilateralidad o concentración y la dirección del juez en el debate, resulta fundamental como garantía del derecho a la defensa y al acceso al sistema probatorio, especialmente cuando la prueba sólo puede producirse y formarse en audiencia oral y contradictoria, de manera que fuera de ello el juzgador no puede utilizar el material pata formar su convicción judicial.

Pero observemos inmediatamente dos cosas, primero que este principio de inmediación no es absoluto y segundo, que no podemos hipervalorar la cuestión como infranqueable y nos explicamos. En el primero de los aspectos señalados es la propia legislación la que permite la anticipación de medios probatorios que y como vimos, forma parte del derecho de acceso al sistema probatorio en los casos y conforme a los requisitos señalados en la ley, de manera que la no formación de la prueba en la audiencia oral es una excepción y que no obstante a ella, el medio y sus resultados deben ser tratados verbalmente en la audiencia. En cuanto al segundo de los aspecto y a nuestro parecer lo más importante, en la aplicación del principio de inmediación es donde se observa claramente la diferenciación entre la fuente probatoria y el medio probatorio, pues en el sistema de procedimiento orales realmente la inmediación no es con la fuente como concepto metajurídico e independiente del proceso, sino con el medio

probatorio que propusieron la partes o que se ha ordenado de oficio y que se materializada en la audiencia con presencia de las partes y del judicante, con bilateralidad y concentración, de manera que debemos tener claro que y salvo la inspección judicial, el juez nunca tiene contacto directo o inmediato –inmediación- con las fuentes probatorias que sirven para verificar los enunciados de hecho y llegar a la convicción judicial, de ahí que no debe haber una mayor excitación respecto al tan mentado y enarbolado principio de inmediación como la mayor de las bondades del sistema oral que pretende destronar al sistema escrito. En ambos casos –sistema oral o escrito- y salvo la inspección como dijimos, la inmediación respecto a la fuente es igual, aún cuando debemos reconocer que el cambio se presenta es respecto al medio, donde efectivamente hay mayor bondad en el sistema oral, pero de ahí a señalar que el sistema oral es la maravilla respecto al escrito, hay mucho trecho.

Posiblemente este punto tratado, la diferenciación de la inmediación respecto a la fuente y a los medios probatorios, es lo que ha permitido sostener el sistema de apelación en los procedimientos orales, pues sin perjuicio que el debate es en la instancia y la alzada solo debe revisar –aunque con plena jurisdicción como si de primera instancia se tratara, analizando todo el procedimiento, la cuestión de hecho y de derecho a diferencia del sistema limitado de la casación- en las actas del proceso quedará reflejado el debate celebrado, las exposiciones de las partes y el contenido de la decisión del judicante, sobre lo que precisamente recaerá la actividad revisora de la alzada, quien realmente no juega un papel de juzgamiento directo sobre el tema debatido como corresponde a la instancia, sino que su papel se centra en la el juicio de la instancia -aunque en definitiva es quien juzgará de manera mediata sobre el litigio, como consecuencia de la revisión de la sentencia al ejercitarse el recurso de apelación-.

Lo dicho nos permite inmediatamente indicar que la inmediación no es exclusiva del procedimiento oral, ya que también en el procedimiento escrito se ubica, como sucede en los interrogatorios de partes o testigos, aunque en nuestra práctica forense los jueces generalmente no están presente en los mismos incumpliendo con la mentada inmediación. También en los procedimientos escritos está prevista la presencia del juez como director no solo del proceso, sino del debate probatorio, tal como ocurre con el procedimiento ordinario a que se refiere el Código de Procedimiento Civil.

Otro problema que atraviesa la inmediación tanto en los procedimientos orales como escritos, es el tema de la comisión, la cual generalmente es permitida por nuestro legislador y que trastoca el principio en estudio, como sucede con la regulación prevista en el artículo 234 del Código de Procedimiento Civil, conforme al cual el juez puede dar comisión para la práctica de cualesquiera diligencias de sustanciación o ejecución a los que le sean inferiores, aunque residan en el mismo lugar, lo que queda interdictado en materia inspecciones judiciales -salvo que el objeto a inspeccionar no se encuentre dentro de la competencia territorial del tribunal de la causa- en materia de posiciones juradas -

salvo que el absolvente se hallara en un lugar también fuera de la competencia territorial del tribunal de la causa- y en materia de interrogatorios de menores, entredichos o inhabilitados. Pero partiendo de la premisa que la inmediación realmente es solo con el medio y no con la fuente probatoria, pues en este último y salvo la señalada inspección judicial, nunca podría haber inmediación dado que el judicante si presenció los hechos antes del proceso no podría aplicar su conocimiento privado y si ha sido parte de los mismos debe inhibirse, no creemos al final que el tema de la comisión sea tan grave y que es perfectamente viable cuando y por casos excepcionales el medio probatorio no puede practicarse en la audiencia y en presencia del juez que va a sentenciar, aunque debe ser tratada verbalmente en la audiencia.

Agreguemos a los comentarios que anteceden, que con ocasión al avance de la ciencia y la tecnológica, conforme van creándose nuevos instrumentos de interrelación personales y comunicación, la inmediación con los medios probatorios puede asumir ahora varios grados, el primero que lógicamente sería el del judicante en el propio acto de materialización del medio, en tanto que un segundo grado pudiera presentarse en los casos de video conferencias donde se trasmite y realizan en tiempo real actos a distancia, como el caso de testigos fuera del país que a través de este medio pudieran perfectamente declarar y su deposición estaría siendo vista en tiempo real en una audiencia llevada ante el tribunal de la causa, con la posibilidad de interrelación que permitiría también en tiempo real hacerle preguntas a distancia y obtener sus respuestas; agreguemos también los llamados "*chat*" y las "*web cam*" o cámaras instaladas en los computadores que permiten sostener conversaciones a distancia con la posibilidad de las imágenes de las personas que se comunican, instrumento éste que perfectamente puede ser utilizado por el órgano jurisdiccional en el marco de la materialización de un medio probatorio y que genera un tipo de inmediación que puede ser de segundo grado, incluso de tantos grados como mediaciones entre el acto original y el órgano receptor existan, siendo algo así como el testigo de oídas –por supuesto guardando las distancias- quien conoce el hecho por que se lo dijo otro sujeto, que a su vez lo oyó de otro y así sucesivamente, con la gran diferencia que en los casos señalados todo esto será en tiempo real.

Lo dicho hasta aquí pudiera llevar a poner en tela de juicio la presencia indispensable del principio de inmediación en el tema probatorio, incluso, el tema de la invalidez de la prueba por no haberse realizado en presencia del juez que va a sentenciar –donde y como indicamos no es absoluto, pues se permite la anticipación de medios- lo que para nosotros no es la verdadera esencia del sistema oral respecto al tema probatorio; a nuestro entender lo verdaderamente esencial en el sistema probatorio y respecto a los procedimientos orales es la contradicción o bilateralidad como principio que garantiza el derecho a la defensa, del cual incluso deriva la inmediación y que respecto al proceso penal, interdicta la posibilidad de utilizar los actos de investigación para crear convicción judicial, situación ésta que también

debe estar presente en los demás sistemas de procedimientos orales señalados, ya que la prueba sólo será aquella formada en audiencia y con bilateralidad.

Puesto en este estado el asunto tratado, podemos concluir respecto al principio de inmediación y dirección del juez en la práctica del medio probatorio, que en la teoría los mismos deben ser garantizados, siendo que el juez de la sentencia debe presenciar el debate sobre las pruebas en sentido general, pues se dice que sólo quien estuvo presente en el acto de evacuación de medios probatorios es el que está en mejor condición de apreciar todas las circunstancias que rodearon al acto, como por ejemplo la conducta asumida por los órganos o sujetos de prueba que serán apreciadas al momento de valorar cada fuente.

Por último y respecto al principio de concentración, ya hemos adelantado bastante en cuanto a que se trata de otro de los principios característicos de los procedimientos orales, aunque también puede darse en los actos de tal entidad –orales- que se realizan en el proceso civil, como la declaración de testigos o actos de posiciones juradas. La concentración se traduce en la necesidad que los actos probatorios se realicen en un mismo acto o excepcionalmente y ante su imposibilidad, en el menor número de días o audiencia posibles, pues si entendemos que la prueba se forma es en la audiencia oral y pública y solo ésta servirá para la convicción judicial, la prolongación en el tiempo de los actos probatorios generará en la mente del judicante olvido y disipación de los hechos, actos y demás circunstancias que rodearon al acto, perdiéndose así la esencia misma del sistema oral, lo que incluso no puede ser convalidado por las grabaciones que de las audiencias se haga, ya que insistimos, lo que se busca es un debate oral en el menor tiempo procesal posible –lo que significa sacrificar el tiempo de intervención de los sujetos procesales en la audiencia- para que queda en la mente del jugador en la forma más viva posible –en caliente- el tema debatido que le permita dictar una sentencia sin olvidar esos detalles fundamentales que servirán para la convicción judicial.

1.10. Principio de originalidad de la prueba.

Conforme a este principio probatorio los medios de prueba aportados por las partes en el proceso, en la medida de lo posible deben demostrar en forma directa las circunstancias de hecho debatidas en el mismo, ya que no puede hacer la prueba de la prueba que demuestra el hecho, correctamente el medio probatorio no debe tener por objeto traer al proceso una fuente que a su vez demuestra la existencia de otra que es la que se refiere al hecho debatido, incluso no debe proponerse un medio de prueba que conduzca a otro medio y así sucesivamente hasta llegar al que efectivamente llevará al proceso la fuente que servirá para el establecimiento de los hechos y convicción judicial, de manera que en el proceso la prueba en sentido

general o más concretamente, el medio de prueba debe ser directa para allegar la fuente que demostrará el hecho afirmada como fundamento de las pretensiones o excepciones.

A modo de ejemplo podemos decir que si las partes tienen en sus manos un medo probatorio documental que contiene una fuente demostrativa del hecho afirmado, no puede pretenderse demostrar con testigos el contenido de la prueba en cuestión, esto es, mal puede reconstruirse en el proceso el hecho a través de la prueba testifical, ya que ella lo que pretende es demostrar la prueba –medio probatorio documental- que contiene la prueba –fuente- del hecho controvertido y afirmado en el proceso; también podemos señalar el caso demostrar con testigos el dicho de otro testigo, pues y como lo vimos la prueba –medio- debe recaer directamente sobre el hecho –fuente- que pretende ser demostrado en el proceso y no la prueba -medio- de la prueba –medio- que demuestra el hecho –fuente- controvertido enunciado como fundamento de la pretensión o excepción.

La finalidad de este principio es precisamente que no se pierda la esencia de la prueba –fuente- que los hechos reconstruidos, no pierdan su verdadera naturaleza y lleguen o sean recibidos por el juez, en forma tergiversada o mutada.

1.11. Principio de pertinencia de la prueba.

Los medios probatorios hemos afirmado en otro momento deben tener por objeto la demostración de los hechos debatidos o controvertidos que hayan afirmado o negado las partes como fundamento de sus pretensiones o excepciones –tema de la prueba- que no hayan sido expresa o tácitamente admitidos o aceptados por las partes o que no estén exentos de prueba, pues precisamente el tema de la prueba judicial son los hechos, pero como indicáramos no todos los hechos traídos al proceso, sino solo aquellos que sean debatidos o controvertidos por las partes luego de ser enunciados o afirmados.

El tema de la prueba judicial se presenta también como un principio que rige la materia, pues los medios probatorios que presenten o promuevan las partes en el proceso, deben tender a demostrar hechos controvertidos, debatidos o discutidos en autos para que puedan ser tenidos como establecidos por el juzgador como premisa menor de su silogismo judicial, a través de la actividad de comparación con sus fuentes, para así llegar a la convicción judicial sobre los hechos afirmados. Las pruebas –medios- que se presenten al proceso, que eleven las partes al órgano jurisdiccional deberán tener como fin la demostrar los hechos controvertidos en el proceso, alegados por el accionante o acusador y que hayan sido contradichos por el demandado acusado, siempre que no se encuentren eximidos de prueba, como por ejemplo los hechos notorios, evidentes, expresa o tácitamente admitidos o presumidos, de manera que siguiendo a COUTURE las pruebas deben tender a calificar la pretensión del actor o la excepción

del demandado; la prueba debe estar revestida de pertinencia, para demostrar los hechos que sirven de fundamento de las normas jurídicas invocadas por la partes y que utilizará el operador de justicia para resolver el caso que se presenta, sin lo cual serán inadmisibles. [416]

Respecto a este principio y como veremos en otro momento, en general las leyes que regulan los diferentes procedimientos establecen como causales de inadmisión del medio probatorio que se proponga, la mentada "impertinencia", lo que materializa el principio en cuestión conecta con el tema de la prueba.

1.12. Principio de idoneidad o conducencia de la prueba.

Los medios de prueba que promuevan o eleven las partes al órgano jurisdiccional, deben ser idóneas o conducentes para demostrar los hechos afirmados y controvertidos que sirven de presupuesto de la norma o normas jurídicas cuyo efecto jurídico se invoca, esto quiere decir que las pruebas deben servir para demostrar los hechos, debe adecuarse y permitir la demostración de las hechos enunciados por las partes, incluso éstos tienen que tener la cualidad de poder ser acreditados a través de los medios que utilicen las partes pues y como veremos, en algunos casos se exige un medio probatorio determinado para la demostración o acreditación del hecho que se trate.

En este sentido existen determinados hechos que pueden ser enunciados o afirmados por las partes como fundamento de sus pretensiones o excepciones y que luego de controvertidos, no estando eximidos de ser acreditados, sólo lo podrá ser mediante la utilización de un determinado medio probatorio, como sucede en el caso de la hipoteca, del fallecimiento de una persona, de la propiedad sobre un inmueble o la existencia del matrimonio, los cuales sólo resisten un determinado medio probatorio concreto que sirva para llevar la fuente que permita la comparación con el hecho afirmado, como lo será a través del instrumentos público registrado contentivo de la garantía hipotecaria, el acta de fallecimiento o defunción, el instrumentos registrado de propiedad o el acta de matrimonio, de manera que si los hechos en cuestión pretenden ser acreditados por otros medios, los mismos serán inadmisibles por inidóneos o inconducentes y en caso de contravención del principio, se incurrirá en infracción de normas jurídicas referidas al establecimiento de los hechos –aunque dicho motivo no se limita a la prueba inconducente-.

DEVIS ECHANDÍA al referirse a la conducencia del medio probatorio indica, que la misma exige dos requisitos, tales como son: a. Que el medio respectivo esté en general autorizado y no prohibido expresa o tácitamente por la ley -cuando rige el sistema de la prueba legal- lo cual para nosotros viene siendo la

---

[416] Eduardo J. CUOTURE. Ob. cit. p. 236 y ss.

legalidad del medio probatorio; y b. Que el medio de prueba solicitado o presentado, válido en general como instrumento de prueba, no esté prohibido en particular por la ley, para el hecho que con él se pretende probar, es decir, que no exista expresa prohibición legal para el caso concreto.[417] Como podemos observar de os dicho por el citado maestro, la idoneidad o conducencia del medio probatorio se refiere a lo que para nuestra legislación es conocido como la prueba legal, es decir, aquella permitida en el proceso por no ser expresamente prohibida por la ley; pero debe destacarse que el maestro no define su posición en cuanto a lo que realmente debe entenderse como prueba conducente o idónea, ya que en pasajes diferentes de su "Teoría General de la Prueba Judicial", al comentar el tema señala que la prueba conducente y la prueba legal se refieren a una misma circunstancia, esto es, aquella prueba no prohibida expresamente por la ley, más en otro momento trata a la prueba conducente o idónea como aquella que legalmente sirve para establecer en el proceso el hecho que va a probarse con él. No obstante a lo anterior somos del criterio que la prueba conducente o idónea, es aquella que puede ser utilizada en el proceso para demostrar un determinado hecho, en tanto que la prueba ilegal, es aquella expresamente prohibida por la ley.

Es importante destacar, que la idoneidad o conducencia del medio probatorio, así como la pertinencia, relevancia, licitud, tempestividad y regularidad, son temas que si bien pueden ser tratados como principios, se encuentran conectados con la admisión del medio probatorio, aún cuando impacten en su valoración y cuya lesión –como indicamos- pueda generar la infracción de normas jurídicas expresas sobre el establecimiento de los hechos al haberse verificado los enunciados partiendo de fuentes llevadas al proceso por medios probatorios que debieron ser inadmitidos por inidoneos o inconducentes; y es que lo dicho precisamente parte del hecho que en la práctica los jueces llegan a extremos de ignorancia como la de admitir medios probatorios que no reúnan las condiciones señaladas –especialmente la idoneidad o conducencia, licitud, tempestividad y regularidad- con el argumento que se trata de cuestiones diferentes a la relevancia o la pertinencia que no pueden ser abordados en el momento de la admisión de los medios por tratarse de cuestiones de fondo que deben resolverse en la sentencia definitiva. Sin mayores explicaciones solo diremos que se trata de una crasa ignorancia del judicante al no distinguir requisitos de admisibilidad de los de valoración de los medios probatorios, especialmente cuando el análisis de ninguno de estos elementos interdicta el pronunciamiento al momento de verificar su admisión, pues no se está haciendo ningún ejercicio de valoración, esto último pues también nos hemos conseguidos con algunos personajes ilustres que como jueces argumentan la imposibilidad de emitir pronunciamiento sobre aspectos de admisibilidad del medio diferentes a las precitadas pertinencia y relevancia, so pena de tenerse que inhibir por haber emitido opinión al fondo, a lo que insistimos, en ninguno de los casos indicados el

[417] Hernando DEVIS ECHANDÍA. Ob. cit. T. I. p. 133.

judicante hace un ejercicio valorativo de "fuentes", solo se produce un juicio respecto a la admisibilidad de "medios" –he aquí otra gran importancia de la distinción de las diferentes nociones sobre el concepto de prueba- por lo que solo invitamos a estos distinguidos juristas a documentarse y prepararse un poco mejor.

1.13. Principio de relevancia de la prueba.

Los medios probatorios que propongan las partes o que el judicante ordene oficiosamente, deben tender a demostrar hechos afirmados o enunciados por las partes que sean controvertidos y especialmente, que ayuden a la solución del conflicto judicial que se someta al conocimiento del operador de justicia, por lo que aquellos hechos que aún demostrados en el proceso -por mantener su carácter controvertidos- no aporten nada para la solución del problema, serán hechos irrelevantes de donde se deduce que los medios probatorio que tiendan a establecer en el proceso los mismos, igualmente deberán ser considerados como irrelevantes y en consecuencia inadmisibles.

Este principio es de gran utilidad para el juzgador, no solo al momento de apreciar las fuentes y generar pruebas, sino al momento de la admisión de los medios probatorios, pues su marcada o evidente irrelevancia marcará su inadmisión, en tanto que si la misma no es manifiesta y se produce la admisión, nuevamente al momento de la sentencia podrá controlarse este principio de admisión; pero el tema también presenta consecuencia importantes en materia de casación, pues ante la denuncia de una infracción probatoria con la pretensión de demolición del fallo judicial recurrido, la capacidad o potencia de procedencia de la delación y destrucción del fallo solo operará en la medida de la determinancia o relevancia del vicio, capaz o no de conducir a un resultado judicial difeente al producido en la sentencia recurrida, lo que en materia de infracciones probatorias se traduce en que si el medio probatorio viciado es irrelevante, impertinente, inidóneo, inconducente, ilícito e incluso extemporáneo, aún ante la presencia de la falencia, no se podrá declarar la procedencia de la denuncia

1.14. Principio de licitud de la prueba y de prohibición de obtención coactiva de prueba.

Constituye un derecho constitucional de aplicación procesal que en el proceso la prueba debe obtenerse en forma regular y lícita, que la única prueba válida es aquella legal y constitucional conforme al debido proceso –artículo 49 constitucional- que reúna las características de inmaculación y obtención en forma regulada por la ley y conforme al respeto a los principios que regulan la material, especialmente

permitiendo a las partes intervinientes en la mecánica de la prueba su conocimiento, intervención o participación y contradicción.

En este sentido y en teoría –no aplicada en nuestro actual sistema social-comunista- el Estado no puede fomentar el juego sucio ni la vulneración de los derechos fundamentales de los ciudadanos, circunstancia esta que se traslada al ámbito probatorio, especialmente en cuanto a la prohibición de obtener las pruebas mediante la violación de derechos constitucionales de los ciudadanos, tal como lo regula el artículo 49.1 constitucional conforme al cual, las pruebas obtenidas mediante la violación del debido proceso legal serán nulas, todo lo cual nos ubica en el campo de la prueba ilícita que se aborda en este punto, para lo cual comencemos formulando la siguiente interrogante: **¿qué es la prueba ilícita?**

También conocida como reglas de exclusión probatoria –denominación proveniente del Derecho anglosajón, donde se le designaría a esta doctrina jurisprudencial como *exclusionary rule*- supresión probatoria –también de origen anglosajón designada como *supression doctrine*- prohibiciones probatorias o de valoración probatoria –como se le denomina en el sistema europeo con su consecuencia del fruto del árbol venenoso o fruit of the posisonous- la prueba ilícita –o ilegal por infracción constitucional- es aquella que se obtiene o produce lesionado los derechos fundamentales, los derechos constitucionales de los ciudadanos más aún, lesionado el derecho constitucional al debido proceso cuya nulidad se encuentra contenida en la precitada norma al expresar […] *Serán nulas las pruebas obtenidas mediante la violación del debido proceso...*". De manera amplia la prueba ilícita es aquella que vulnera la Constitución, la ley, la moral, las buenas costumbres o los disposiciones o principios de carácter general, lo que nos lleva a precisar que la prueba ilícita se diferencia de la prueba ilegal, ya que ésta última se presenta cuando la prohíba expresamente por la Ley, en tanto que la ilícita puede ser legal, puede no estar prohibida expresamente por la Ley, pero al haber sido obtenida violando el derecho constitucional del debido proceso, es consecuencialmente nula, por lo que una prueba puede ser legal, pertinente, relevante, idónea, temporánea, regularmente promovida, pero ilícita, destacándose que la ilicitud de la prueba viene dado por la forma o medio irregular, más aún lesivo de los derechos constitucionales –debido proceso- como se ha obtenido, o como expresa BELLO-LOZANO MÁRQUEZ,[418] aquella referida al modo de obtención de la misma.

Pero el tema de la prueba ilícita desde ya indicaremos que se conecta tanto con la fuente como con el medio probatorio, pues la obtención de fuentes con lesión de derechos constitucionales y la producción de medios que igualmente lesionen derechos de tal índole, se ubican en la noción de ilicitud que conducen a la nulidad de la fuente o del acto probatorio incapaz de servir para la formación de la convicción judicial.

---

[418] Humberto BELLO-LOZANO MÁRQUEZ. Fases del Procedimiento Ordinario. pp. 114 y ss.

Jairo PARRA QUIJANO al referirse a las pruebas ilícitas expresa que se tratan de aquellas obtenidas con violación de los derechos fundamentales de la persona que consagra la Constitución, bien haya sido para lograr la fuente de la prueba o bien para lograr el medio probatorio, siendo su proscripción consecuencia de la posición preferente de los derechos fundamentales en el ordenamiento y de su afirmada condición de inviolables, de manera que la ilicitud de la prueba es un problema que no sólo se manifiesta en el marco de los procesos penales, sino también de los procesos civiles, donde se hable de ilícitos civiles. [419]

JAUCHEN al tratar el tema de la prueba ilícita nos indica que todo elemento probatorio o de convicción que se incorpore al proceso, necesariamente debe respetar las normas constitucionales y procesales para su obtención y producción, de ahí la derivación de las normas de exclusión probatoria, según la cual deberá ser excluido del acervo probatorio para su valoración cualquier elemento de prueba obtenido o incorporado al proceso en violación a una garantía constitucional o de las formas procesales dispuestas para su producción, todo lo que a su decir tiene su base o fundamento en la razón ética derivada de la imposibilidad de que el Estado se aproveche para el juzgamiento, de los elementos de convicción que fueran obtenidos en forma ilegítima inobservando las mismas normas por él predispuestas, a lo que se suma la motivación dirigida a los funcionarios que ilegalmente hubiesen obtenido material probatorio, con el propósito de desalentar ese tipo de proceder.[420]

Como podemos apreciar de lo dicho por el profesor argentino dos motivos fundamentalmente sirven para sostener la institución de la ilicitud de la prueba, la primer y fundamental como lo es que el Estado sea el primero en respetar los derechos de los ciudadanos, debiendo dar el ejemplo y que de permitir las prueba ilícitas se colocaría al mismo nivel de aquel sujeto que viola la ley, pues es él –el Estado- quien debe garantizar a los ciudadanos el ejercicio de sus derechos, imponiendo el reconocimiento de los mismos lo que es mucho más importante para la sociedad que el propio castigo del delito –en el caso penal- en base a la infracción de los derechos de los coasociados. En este sentido y como o expresa el mismo JAUCHEN el Estado debe investigar y castigar los delitos, lo que no puede hacerlo mediante la comisión de otros delitos, frecuentemente más graves a los que por lo general va unido a la violación de normas garantistas, al ser precisamente las normas predispuestas que han sido concebidas en miras de evitar esos desbordes, fijando los límites concretos dentro de los cuales el Estado puede proceder frente al ciudadano.

El segundo de los fundamentos en que se basa la institución de la prueba ilícita, es la persuasión de los funcionarios públicos y especialmente a los policiales, para que no realicen actos para la obtención

---

[419] Jairo PARA QUIJANO. Ob. cit. pp. 22 y ss.
[420] Eduardo M. JAUCHEN. Ob. cit. pp. 614 y ss.

de fuentes y producción de medios probatorios antigarantistas basados en el irrespeto o vulneración de los derechos constitucionales, para lo cual se hace necesario al lado de la nulidad de los medios y fuentes obtenidos con lesión de los derechos fundamentales, la imposición de sanciones de tipo penal, civil y administrativa. De esta manera –señala JAUCHEN- una práctica ilegal de la policía o el abuso sobre un interno, constituyen potenciales ataques sobre los derechos de todos los ciudadanos, porque cada uno de nosotros –dice- está únicamente protegido en la medida en que los demás lo estén.

En definitiva, podemos afirmar que la prueba ilícita es una regla de exclusión probatoria, que se produce cuando en la forma de obtención de la fuente o en la producción de un determinado medio probatorio, se vulneran los derechos fundamentales o constitucionales, lo que conducen en el marco de nuestro texto constitucional –artículo 49- a la nulidad por violación al debido proceso –lo que y como indicáramos puede ser el producto de la infracción de las normas legales probatorias que generan ilegalidad o por infracciones constitucionales que es el caso que nos ocupa- lo que incluso y respeto al marco legal encuentra ubicación en el artículo 181 del Código Orgánico Procesal Penal que señala […] *Los elementos de convicción sólo tendrán valor si han sido obtenidos por un medio lícito e incorporados al proceso conforme a las disposiciones del Código. No podrá utilizarse la información obtenida mediante tortura, maltrato, coacción, amenaza, indebida intromisión en la intimidad del domicilio, en la correspondencia, las comunicaciones, los papeles y los archivos privados, ni la obtención por otro medio que menoscabe la voluntad o viole los derechos fundamentales de las personas. Asimismo, tampoco podrá apreciarse la información que provenga directa o indirectamente de medio o procedimiento ilícitos."*

Apreciemos de lo dicho en el párrafo anterior que la base constitucional de la prueba ilícita en nuestro ordenamiento jurídico se ubica en el artículo 49.1 constitucional, en tanto que la base legal se ubica en el artículo 181 del Código Orgánico Procesal Penal. La primera que destaca la nulidad como una consecuencia de la ilegalidad o ilicitud de la prueba en su noción general, que comprende las fuentes y los medios que lesionen el debido proceso, consecuencia que no parece del todo correcta pues y que debería sustituirse por la simple "exclusión probatoria" de la fuente o del medio incapaz de crear certeza o convicción judicial, pues como nos dice JAUCHEN la "nulidad" como ineficacia de un acto procesal para producir sus efectos –en el caso que nos ocupa la prueba- por el incumplimiento de alguna formalidad esencial de validez o cuando así lo declare la ley, apareja por lo general la renovación del acto, con la posibilidad de convalidación y ratificación dependiendo del tipo de nulidad que se trate –relativa o absoluta- operando en consecuencia los efectos hacia atrás, en tanto que la exclusión como consecuencia de la ilicitud hace nulo e invalorable el acto, que no puede ser ni convalidado ni ratificado, produciendo sus efectos hacia el futuro, lo que se traduce en la invalorabilidad definitiva de la prueba ilícita, sin que sea posible pretender retrotraer el proceso, tal como lo exige el respeto a la dignidad del hombre y el derecho de toda persona a librarse del estado de sospecha que importa una acusación en su

contra el sistema penal, donde no siempre es posible retrotraer la causa a raíz de la violación de sus garantías individuales.

Respecto a la segunda de las normas señaladas –artículo 181 del Código Orgánico Procesal Penal- que a diferencia del texto constitucional que como indicamos consagra la nulidad como consecuencia de la ilicitud probatoria, aquí sí se presenta una verdadera exclusión probatoria como consecuencia ante la ilicitud que interdictará la formación de la convicción judicial partiendo de medios y fuentes ilícitas; pero también la propia norma regula la interdicción de utilización de medios lesivos de los derechos fundamentales, que sin cumplir con los procedimientos legales y constitucionales se entrometen en la intimidad de las personas para obtener informaciones y luego ser utilizadas en el proceso, como es el caso de la indebida intromisión en la intimidad del domicilio, en la correspondencia, las comunicaciones, los papeles y los archivos privados, ni la obtención por otro medio que menoscabe la voluntad o viole los derechos fundamentales de las personas, derechos protegidos constitucionalmente y que sólo por vía excepcional pueden verse afectados por un procedimiento de investigación y un proceso penal, para lo cual el propio legislador establece los procedimientos pertinentes y los motivos por los cuales podrán limitarse dichos derechos, en los cuales necesariamente debe haber la intervención del juez de Control de garantías constitucionales.

Junto a lo señalado también destacamos que la normativa penal regula la interdicción de utilización de toda información obtenida mediante tortura, maltrato, coacción, amenaza, así como la apreciación de la información que provenga directa o indirectamente de medio o procedimiento ilícitos, esto es, la teoría del fruto del árbol venenoso, al cual nos referiremos más adelante.

La prueba ilícita no debe confundirse con la ilegal, aunque ambas quedan comprendidas en una noción general de ilegalidad que lesiona el debido proceso, pues en la primera se afectan los derechos fundamentales del ciudadano, en tanto que en la ilegal se encuentra una prohibición en la ley para producir o proponer el medio de prueba, es decir, se refiere a las pruebas prohibidas expresamente en la Ley; pero la prueba ilícita también se diferencia de la irregular, de la impertinente y de la irrelevante, pues la primera –irregular- se refiere a la forma errática como se a propuesto o promovido sin cumplir con las formalidades o exigencias previstas en la ley, en la prueba impertinente, la misma no tiende a demostrar hechos debatidos, aún cuando puede ser legal, regularmente propuesta y lícita, y en cuanto a la prueba irrelevante, la misma se refiere a la demostración de hechos que no aportan nada a la solución del conflicto judicial, aún cuando sea pertinente, legal y lícita, todo lo cual nos lleva a expresar que la prueba judicial debe ser legal, pertinente, relevante, regular, tempestiva, idónea y lícita, sin lo cual deberá ser desechada por el juzgador.

Como indicamos en esta materia queda excluido de cualquier método de obtención de fuentes de prueba el empleo de la violencia física, la amenaza de utilizarla sobre alguna persona, siendo indiferente que la violencia sea ocasionada por funcionarios públicos investigadores o una persona privada, bien sea parte o tercero en el proceso, por lo que en el elenco de pruebas ilícitas se encuentran aquellas obtenidas por violencia física, psicológica, el interrogatorio de personas bajo influencias de drogas o estupefacientes, sustancias químicas que alteren la conciencia, la violación a la intimidad, la lesión a los derechos fundamentales y libertades públicas que consisten en desnudar a personas obligándola además ha realizar flexiones, la violación del domicilio, la violación al derecho de comunicaciones postales, telegráficas y/o telefónicas, entre otras lesiones constitucionales que hacen inapreciables y nulas las pruebas obtenidas ilícitamente.

El maestro Lluís MUÑOZ SABATÉ al exponer el tema de la prueba ilícita, expresa que es indudable que la prueba puede obtenerse o adquirirse valiéndose de medios materiales ilícitos, aunque no sea necesario que esa ilicitud sea típicamente criminal, sino que basta para ello un medio de ilícito civil, siendo moralmente irreprochable como podrían ser los casos de intervenciones telefónicas, fotografías indiscretas, violación de correspondencia, confesión lograda mediante extorsión o tortura o el testimonio rendido sobre la base de revelaciones hechas al profesional violando el deber de secreto, siendo que en estos casos y en otros muchos, el juzgador se encuentra en un acuciante dilema al tener que decidir entre la verdad y la seguridad jurídica; pero agrega que en el proceso como afirma SCHÖNKE, debe prevalecer el interés del descubrimiento de la verdad, pues el interés de la colectividad en asegurarse contra la obtención ilegal de pruebas, se preserva haciendo permanecer la responsabilidad criminal y civil contra quien obró antijurídicamente en dicha obtención, por lo que bajo la concepción fenoménica de la prueba es indudable que el único modo de hacer viables las tesis de quienes se oponen a la prueba ilícita, sea concentrando su control en la fase de admisión de las pruebas, pues de otro modo una vez adquirida la prueba el juzgador no podrá nunca descartarse de los efectos de una convicción psicológica por encima de toda inferencia lógica, por lo que una vez más se verá obligado a fin de no violar su conciencia, a revestir con argumentos tomados de otras fuentes una persuasión lograda a través de la prueba aparentemente rechazada.

Concluye MUÑOZ SABATÉ afirmando que cuando se trata de buscar la verdad de los hechos, el cual es una trabajo exclusivo de la sana crítica, pretender que el juzgador mutile su propia convicción declarando no ser verdad lo que es verdad, resulta algo que rompe con los cánones de toda cordura, de ahí que si la prueba ilícita logra burlas las barreras de la admisión y adviene a los autos el juez debe

valorarla como otra prueba cualquiera, ello sin perjuicio de pasar el tanto de la culpa a lo criminal si la producción de dicha prueba revelase la existencia de algún delito. [421]

Más recientemente el maestro español Lluís MUÑOZ SABATÉ en su obra titulada Fundamentos de Prueba Judicial Civil L.E.C 1/2000, al tratar nuevamente el tema de la prueba ilícita señala que la misma no debe provenir de la infracción de cualquier ley, sino de la vulneración de alguno de los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución y que en el marco del novedoso proceso civil español, la ilicitud puede ser denunciada por la parte o apreciada por el juez de oficio, no existiendo solución al problema de la validez o no de la prueba ilícita incorporada al proceso; si la misma constituye una problemática de admisión o de valoración de la prueba, aún cuando la tendencia general se inclina por la primera vertiente y concluye expresando, que mantiene serias dudas sobre si los efectos de la ilicitud será el de echar fuera de los autos la prueba y no simplemente el de reservar para la fase de sentencia su desconsideración, pues el desglose, devolución o destrucción de una prueba ya practicada en el acto de juicio obligaría a sesgar el expediente judicial, más todavía si la prueba resulta parcialmente ilícita.[422]

Por su parte el profesor español Francisco LÓPEZ SIMÓ, al referirse a la prueba ilícita manifiesta que bajo el imperio de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil Española de 2000, cuando haya sido admitida una prueba pero alguna de las partes entienda que en la obtención u origen se han vulnerado derechos fundamentales, la parte habrá de alegarlo de inmediato, dándose traslado de dicha alegación o denuncia a las otras partes, haciéndose lo mismo cuando la ilicitud sea apreciada oficiosamente por el tribunal. A tal efecto y para evitar que la prueba admitida se materialice o practique en autos, previa audiencia de las partes y en todo caso, previa la práctica de las pruebas conducentes a acreditar la ilicitud denunciada, el tribunal deberá resolver lo que estime procedente acerca de la licitud de la prueba; en todo caso, si la prueba ilícita logra burlar la barrera de la admisión y se realiza su práctica en el proceso, situación esta no prevista en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil Española, la misma como señala el autor en cuestión, no surtirá efecto alguno. [423] Como vemos se sigue con la misma línea argumentativa de MUÑOZ SABATÉ en cuanto a la posibilidad de valoración de la prueba ilícita una vez que logra burlar la barrera de la admisión y producir sus efectos procesales.

El artículo 287 de la Ley de Enjuiciamiento Civil Española 1/2000, al tratar la prueba ilícita expresa […] *Ilicitud de la prueba. 1. Cuando alguna de las partes entendiera que en la obtención u origen de alguna*

---

[421] Lluís MUÑOZ SABATÉ. Técnica Probatoria. Estudio Sobre las Dificultades de la Prueba en el Proceso. Editorial Praxis S.A. Barcelona, 1983. pp. 71 y ss.
[422] Lluís MUÑOZ SABATÉ. Fundamentos de Prueba Judicial Civil L.E.C. 1/2000. Editorial J.M. Bosch. Barcelona, 2001. pp. 244 y ss.
[423] Francisco LÓPEZ SIMÓ. Disposiciones Generales Sobre la Prueba. (Análisis de los artículos 281 a 298 y concordantes de la Ley 1/200, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil). Editorial La Ley. Madrid, 2001. pp. 89 y s.

prueba admitida se han vulnerado derechos fundamentales habrá de alegarlo de inmediato, con traslado, en su caso, a las demás partes. Sobre esta cuestión, que también podrá ser suscitada de oficio por el tribunal, se resolverá en el acto del juicio o, si se trata de juicios verbales, al comienzo de la vista antes que dé comienzo la práctica de la prueba. A tal efecto, se oirá a las partes y, en su defecto, se practicarán las pruebas pertinentes y útiles que se propongan en el acto sobre el concreto extremo de la referida ilicitud. 2. Contra la resolución a que se refiere el apartado anterior solo cabrá recurso de reposición, que se interpondrá, sustanciará y resolverá en el mismo acto de juicio o vista, quedando a salvo el derecho de las partes a reproducir la impugnación de la prueba ilícita en la apelación contra la sentencia definitiva."

De la norma trascrita se observa que el problema de la ilicitud de la prueba es un problema de la admisión y no de su valoración, pues al realizarse la denuncia de parte o de detectarse la ilicitud oficiosamente, creándose una especie de incidencia para determinar su licitud o no, sin resolverse el problema de su expulsión en caso que la misma fuera declarada ilícita, lo cual producirá que de ser declarada como tal –ilícita- el juzgador quedaría contaminado de no producirse su expulsión. Esta norma de la legislación española no resuelve el problema de la prueba ilícita, pues al confrontarse con la garantía de la Justicia que respecto al tema fáctico se obtiene a través de una sentencia que sea el reflejo de la acreditación de los hechos por comparación con las fuentes producida por los medios, pareciera que es viable la tendencia a permitir cierta tolerancia a la ilicitud permitiendo que la prueba obtenida en esta forma produzca sus efectos procesales, dejando siempre a salvo las responsabilidades de quienes la obtuvieron valiéndose de la vulneración de derechos fundamentales, pues en definitiva lo que debe triunfar en el proceso es la Justicia que no podrá obtenerse o será aparente cuando el judicante mutila su propia convicción al desechar medios probatorios y fuentes que si bien son ilícitas, ofrecen el convencimiento los hechos enunciados o afirmados por las partes como fundamento de sus pretensiones, motivo por el cual pareciera viable apostar a la tolerancia de cierta ilicitud que no involucre casos de tortura en cualquiera de sus expresiones para la obtención de medios o fuentes, así cualquier clase de coacción física, moral o de cualquier naturaleza sobre las personas que inevitablemente deben conducir a la aplicación de la regla de exclusión probatoria y a la aplicación de las sanciones que correspondan.

En este orden de ideas expresamos que no toda prueba ilícita necesariamente debe ser desechada y expulsada del proceso, pues existe cierta tolerancia en la doctrina moderna en cuanto a la validez y valoración de dicha prueba como capaz de servir para la convicción judicial, siempre sopesando los valores constitucionales en juego y dependiendo de la vulneración constitucional que se haya realizado para su obtención, pues en muchos casos se requiere de la vulneración de ciertos derechos fundamentales para poder obtener la prueba poder alcanzar el valor de la Justicia, existiendo en los actuales momentos teorías como la de la "proporcionalidad", "entorno jurídico" ambas –de origen alemán- "descubrimiento inevitable", entre otras, que hace sopesar las reglas de exclusión probatoria por ilicitud. Así por ejemplo

en la primera de las señaladas teorías –proporcionalidad- se confrontan los derechos en conflicto en búsqueda del equilibrio, del interés público que prevalece sobre el privado vulnerado, donde la Justicia constituye un interés público por encima del interés particular afectado con la obtención de la prueba ilícita.

En este sentido y con relación a la tolerancia y valoración de la prueba ilícita expresa PARRA QUIJANO,[424] que existen marcadamente dos criterios, a saber: 1. Aquel que considera que la prueba ilícita al lesionar derechos constitucionales debe ser excluida del proceso, ya que el Estado no puede cobijar el manto de impunidad cuando es lesionada la Ley, pues de lo contrario se estaría autorizando en el proceso el "juego sucio" dentro de él, lesionándose el principio de la inmaculación de la prueba; y 2. Aquel que considera válida y eficaz la prueba ilícita, ello sin perjuicio de los castigos a aquellas personas que la obtuvieron, pues debe predominar el interés de la verdad. En relación con la validez de la prueba ilícita agrega:

a. Existe una cierta inclinación a tolerar cierta violación a llamados derechos fundamentales, sobre todo cuando se dicen que los mismos no pueden interpretarse sin estar inscritos en la sociedad, violación que se ve minimizada con el argumento de la búsqueda de la prueba.
b. En relación a la violencia ejercida para la obtención de una prueba ilícita, la misma no produce su exclusión de plano, sino el estudio de su gravedad a los efectos de clasificarla, defendiendo virtualmente la violencia tolerable o sufrible, descartándose por oposición o argumento en contrario la violencia insufrible.
c. En algunos casos la violación de ciertas formalidades para la obtención de pruebas ilícitas, es justificado para inmacular la prueba, como sucede en los casos de allanamientos o intercepciones telefónicas, agente encubierto –infiltrado en la clandestinidad- y provocador –que instiga a cometer el delito- para aprehender a los criminales en forma *infraganti*.
d. Existe una manifiesta preferencia por favorecer la búsqueda de la prueba, aún con la vulneración de los derechos fundamentales.
e. Actualmente se defiende la denominada "teoría de la proporcionalidad", para justificar y admitir la prueba ilícita, confrontándose los derechos en conflictos y buscándose un equilibrio entre ellos.
f. Hay una tendencia mundial a tolerar la violación de ciertos derechos fundamentales para conseguir las pruebas.

---

[424] Jairo PARRA QUIJANO. Ob. cit. pp. 27 y ss.

Sobre éstos aspectos como expresan en sus trabajos ya citados los profesores Jaime AZULA CAMACHO y el mismo Jairo PARRA QUIJANO, situación a lo cual no es ajeno el profesor Lluís MUÑOZ SABATÉ, que la problemática de la prueba ilícita se centra en determinar si el interés en la búsqueda o descubrimiento de la verdad, prevalecen sobre la protección de los derechos fundamentales –debido proceso- o seguridad jurídica.

En cuanto a la tesis que apuesta a favor de la admisibilidad de la prueba ilícita, como expresa PICÓ I JUNOY,[425] se esgrimen las siguientes razones:

a. Prevalencia del principio de la búsqueda de la verdad procesal y la justicia como fin de todo proceso judicial, donde se entrecruzan en la confrontación el interés colectivo en esclarecer los hechos investigados en el proceso judicial y el interés igualmente colectivo de la protección de los derechos individuales legalmente establecidos en el ordenamiento jurídico, el primero que prevalece ante el segundo, dado que el interés individual se ve preservado con la sanción civil, penal o administrativa, todo lo que se traduce que el rechazar la prueba conllevaría a cerrar las puertas de la justicia, por obstruirse la búsqueda de la verdad mediante la prueba de los hechos.
b. Carácter metajurídico de la prueba, conforme al cual el no apreciar las pruebas ilícitas constituiría una politización de la cuestión jurídica ajena a los intereses del proceso como lo es la búsqueda de la verdad para la realización de la justicia, de manera que se protegerían intereses distintos.

En cuanto a las razones que abogan por la no apreciación de la prueba ilícita el citado autor expresa:

a. La concepción del proceso como instrumento de resolución jurisdiccional de litigios dentro del respeto al ordenamiento jurídico, involucra que el proceso debe cumplir sus fines dentro del marco de la legalidad y sin vulnerarlo, lo que se traduce en que el juzgador no puede ser partícipe ni convalidar la violación a la ley y todo acto que lesione la ley debe ser excluido del proceso.
b. El principio *ex delicto conditionem suma meliorem facere potest*, conforme al cual los actos ilícitos no pueden aprovechar o beneficiar a sus autores.
c. El efecto disuasorio conforme al cual, la prohibición de la prueba ilícita al decretar su inadmisión disuade potencialmente a los infractores del ordenamiento jurídico de su estéril actuar, de manera que el ordenamiento jurídico ante la vulneración de la ley siempre debe responder con la expulsión o inapreciación del acto procesal lesivo, ilegal o ilícito.

PICÓ I JUNOY al fijar posición con relación a la prueba ilícita expresa que […] *Partiendo de la base de que en la adquisición del material probatorio no se ha infringido derecho fundamental alguno, éste podrá ser, en principio,*

[425] Joan PICÓ I JUNOY. El Derecho a la Prueba en el Proceso Civil. Editorial J.M Bosch. Barcelona, 1996. pp. 283 y ss.

libremente valorado por el juzgador al realizar la fundamentación fáctica de la sentencia, sin perjuicio de exigir la correspondiente responsabilidad civil, penal o disciplinaria en que haya podido incurrir la persona que ha realizado tal irregularidad. Entendemos que el carácter de fundamental que la Constitución otorga al derecho a la prueba, así como el interés del Estado en ofrecer una tutela judicial efectiva, permiten al órgano jurisdiccional apreciar y valorar la prueba ilegal, siempre y cuando se posibilite el derecho de defensa y contradicción al litigante perjudicado por la misma...”

Como podemos apreciar el profesor español se inclina o apuesta por la apreciación de la prueba ilícita por considerarla que la misma tiende a contribuir con las finalidades del proceso, vale decir, brindar una tutela judicial efectiva, siempre que se respete el control y la contradicción de la prueba a la parte que se vea perjudicada con ella.

Remitiéndonos al nuestro sistema procesal, observamos que la norma constitucional contenida en el artículo 49.1 constitucional es tajante al señalar que las pruebas obtenidas mediante la violación del debido proceso son nulas, lo cual trae como consecuencia que las mismas sean ineficaces e improductoras de efectos procesales, regla ésta a la que se suma la de exclusión probatoria a que se contrae el artículo 181 del Código Orgánico Procesal Penal ya comentada; más como lo expresara MUÑOZ SABATÉ podríamos plantearnos la problemática que pudiera surgir en el proceso, si la fuente obtenida ilícitamente o el medio probatorio producido subrepticiamente al ser promovida por alguna de las partes, lograra burlar la barrera de la admisión y a tal efecto se incorporara y hasta materializara en el proceso, pues si la ilicitud se detecta en el mismo momento de la promoción de los medios de prueba, específicamente al momento en que los mismos son incorporadas o publicadas en autos, la parte no aportante del medio probatorio ilícito podría hacer uso del derecho de contradicción para evitar que la prueba ingresare al proceso, incluso el operador de justicia podría de oficio desechar *in limine* la fuente o el medio ilícito aportada y de ser necesario, pensamos que pudiera abrirse una articulación probatoria para determinar la licitud o no del medio probatorio propuesto, conforme a lo previsto en el artículo 607 del Código de Procedimiento Civil.

Pero al confrontar la ilicitud de la prueba o la regla de exclusión con los valores superiores del ordenamiento jurídico a que se refiere el artículo 2 constitucional conforme al cual […] *Venezuela se constituye en un Estado democrático y social de Derecho y de Justicia, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico y de su actuación, la vida, la libertad, la justicia, la igualdad, la solidaridad, la democracia, la responsabilidad social y, en general, la preeminencia de los derechos humanos, la ética y el pluralismo político.”*, especialmente con el valor “justicia”, reflejado a su vez en los artículos 26 y 257 constitucionales, podríamos sostener que en base a la preeminencia del precitado valor, que en el marco del proceso garantista se obtiene a través de los medios que aportan las fuentes para verificar los hechos y llegar a la convicción judicial, conformándose así la prueba de los hechos enunciados por las partes como

fundamento de sus pretensiones o excepciones, que la valoración de las pruebas ilícitas resulta viable, pues sólo mediante la prueba de los hechos y sin cercenamiento de convicciones judiciales es que podrán obtenerse fallos judiciales justos -con justicia-.

De este modo, en el proceso debe atenuarse el criterio de exclusión probatoria para casos que no se refieran a tortura y coacciones de cualquier naturaleza, permitiéndose su ingreso y valoración siempre que sirvan para el acreditamiento de los hechos y la convicción judicial, que darán al operador de justicia la herramienta necesaria para dictar un fallo justo, ya que aún siendo una prueba ilícita, la cual acarrea responsabilidad civil, penal y administrativa para quien haya obtenido la fuente o haga uso de medios obtenidos lesionando derecho constitucionales –especialmente el debido proceso- la misma contendrá la demostración de los hechos sometidos al conocimiento de la jurisdicción, lo cual motiva a sostener que la prueba ilícita aportada al proceso e incorporada o materializada en el mismo, que logre constatar los hechos enunciados y debatidos, no puede ser desechada e inobservada por el juez, so pena de producirse un pronunciamiento legal pero injusto, que no es el reflejo de la verdad en sentido de certeza o convencimiento judicial, más aún, una ficción creada en la mente del juzgdor que ha suprimido la prueba de los hechos.

Lo dicho y con fundamento en los mismos principios constitucionales contenidos en los artículos 2, 26 y 257 constitucionales, privilegiando el valor "justicia" sobre las reglas de exclusión probatoria, nos permitirá afirmar que una vez que se ha logrado burlar la barrera de la admisión, no puede ser desechada por el juez en la sentencia, pues ello produciría una certeza judicial falsa o aparente, lo cual por supuesto no borra o hace desaparecer la responsabilidad del sujeto que obtuvo ilícitamente la prueba y la incorporó al proceso, quien será civil, administrativa y penalmente responsable por la lesión al debido proceso, de manera que y como puede observarse nos inclinamos por la tesis o postura flexible sobre el tema, que permite la validez y valoración de la prueba ilícita.

Pero la tolerancia a la prueba ilícita o los casos excepcionales que permiten su valoración ha sido analizado por la doctrina partiendo de criterios como la aplicación de la teoría del "entorno jurídico", de la "proporcionalidad de los intereses en juego", de la "prevalecencia del interés general sobre el colectivo", la "supresión", la "desconexión causal" o "fuente independiente", de la "preponderancia o relativización de la prueba ilícita", incluso del "descubrimiento inevitable", teorías algunas que se refieren a las consecuencias de la ilicitud de la prueba, concretamente a la validez de los medios y fuentes obtenidos partiendo de pruebas ilícitas, conocido como la teoría del fruto del árbol venenoso.

JAUCHEN al analizar los casos de excepción comentados señala, que en los supuestos en los que por razonable grado de certeza, sea dable establecer en el caso particular que, a pesar de la irregularidad o ilegalidad, aún cuando se hubiese obrado correctamente, el elemento probatorio se hubiese

conocido, se hace aplicable la "teoría de la fuente independiente" según la cual, cuando existieran comprobaciones fehacientes de que han existido cauces de investigación distintos de aquel que condujo a la obtención ilegal del elemento, que hubiesen permitido con toda seguridad también su adquisición, la exclusión no sería procedente, calculo hipotético que debería hacer el órgano jurisdiccional apreciando cada caso concreto, tomando en consideración aquella vertiendo autónoma de investigación por la cual se hubiese podido de todos modos también procurar el elemento probatorio, lo que deberá estar probado, junto con la posibilidad de que por ese medio también se hubiese arribado a la incautación de la prueba, de modo que en caso de dudas debería siempre estarse en lo que sea más favorable al imputado, declarando la exclusión.[426]

Otro elemento no menos importante que surge con motivo al estudio de la prueba ilícita, partiendo de la noción constitucional e ilegal que la considera nula e improductora de efectos jurídicos, es precisamente el referido a la validez de las pruebas obtenidas con motivo a la práctica o materialización de una prueba ilícita, esto es, los **"efectos reflejos de la prueba ilícita"**, donde han surgido dos tendencias, la primera que considera nula e ineficaz toda prueba obtenida vía refleja de una prueba ilícita; y la segunda que considera válida y lícita la prueba obtenida o que sea resultado de una prueba ilícita, por aplicación de criterios de desconexión, descubrimiento inevitable, entorno jurídico, proporcionalidad, entre otras teorías que relajan la ilicitud de la prueba y sus efectos reflejos como veremos.

a. Tendencia que declara nula e ineficaz la prueba obtenida partiendo de una prueba ilícita.

La primera tendencia que rechaza los efectos reflejos de la prueba ilícita es de origen anglosajón, concretamente del sistema norteamericano donde se elaboró la teoría conocida como el ***"Fruis of the poisonous tree doctrine"*** o **"fruto del árbol venenoso"**, conforme a la cual la prueba obtenida en forma ilegal e ilícita afecta a aquellas otras pruebas que si bien en sí mismas son legales y lícitas, no obstante están basadas en datos conseguidos por aquella prueba ilegal e ilícita, teoría ésta abandonada desde hace dos décadas y que fue utilizada para disuadir la brutalidad que ejercieron los cuerpos policiales norteamericanos de no usar métodos anticonstitucionales, la cual ha venido siendo desvirtuada por el Tribunal Constitucional español, como consecuencia del surgimiento de la teoría del "**descubrimiento inevitable**", conforme al cual al momento de practicarse o realizarse una prueba ilícita, inevitablemente

---

[426] Eduardo M. JAUCHEN. Ob. cit. pp. 621 y ss.

se obtienen otras pruebas que demuestran los hechos investigados o nuevos hechos que hasta el momento eran desconocidos.[427]

Esta doctrina tiene su origen en los Estados Unidos de América, concretamente en la decisión de la Corte Suprema de Justicia donde por primera vez se aplicó en el año de 1920 en el caso SILVERTHORNE LUMBRE CO contra UNITED STATES, se resolvió que no era válido intimar a una persona para que entregara, ante las autoridades, documentación cuya existencia había sido descubierta por la policía mediante un allanamiento ilegal, estableciéndose en consecuencia la inadmisión de todo lo obtenido en un procedimiento policial ilícito por contravenir preceptos constitucionales de la IV Enmienda, conforme a la cual no se violará el derecho del pueblo a la seguridad de sus personas, domicilios, papeles efectos contra registros y detenciones arbitrarias, y no se expedirían mandamientos a dicho efecto, a menos que hubiere causa probable apoyada en juramento o declaración que designara específicamente el lugar que hubiera de registrarse y las personas u objetos de los cuales hubiera de apoderarse.

La doctrina en comento fue creada con la finalidad de frenar la ilegalidad y brutalidad de los cuerpos policiales norteamericanos, siendo que la primera vez que Corte Suprema de los Estados Unidos utilizó la denominación *"Fruis of the poisonous tree doctrine"* fue en la decisión dictada en el año 1939, por el magistrado norteamericano FRANKFURTR en el caso NARDONE contra UNITED STATED, en el que se resolvería que debían excluirse de toda validez las pruebas que se conocieran a raíz de una grabación a la conversación del imputado que se había efectuado ilegalmente sin autorización judicial.

También se estableció que los efectos reflejos de las pruebas ilícitas, solo se producía en los casos de existencia de una relación íntima y directa entre la prueba obtenida ilícitamente y las obtenidas como consecuencia de dicha práctica, por lo que si la relación era remota o indirecta, las pruebas producto de la actividad ilícita no se veían afectadas por vía refleja de la ilicitud. Este es el caso de la teoría de la supresión, desconexión causal o fuente independiente a que se refiere JAUCHEN quien al tratar el tema de la doctrina del "fruto del árbol venenoso" señala que una de las consecuencias de las reglas de exclusión, consiste en que la obtención de algún elemento probatorio practicado en violación a las garantías constitucionales es inválida, excluyéndose no solo esa prueba, sino la obtenida con posterioridad como consecuencia del conocimiento de ella, de modo que la ilegalidad inicial se proyecta a la exclusión de toda prueba posterior que sólo pudo conocerse y obtenerse mediante su relación con la primera y no

---

[427] PARRA QUIJANO al referirse a la teoría del fruto del árbol envenenado, coloca el ejemplo de la persona que mediante la tortura confiesa donde estas las armas del delito, caso en el cual la confesión no es válida así como tampoco las armas obtenidas por la prueba ilícita de la confesión, no obstante a ser lícita y legal el encuentro de las armas. Ob. cit. p. 37.

existan circunstancias que pongan en evidencia con toda certeza que las mismas pudieron haber sido incautadas del mismo modo por otros medios.

b. Tendencias que considera válida y lícita la prueba obtenida o que sea resultado de una prueba ilícita.

La teoría de los frutos del árbol envenenado fue desapareciendo hasta el punto de su máxima restricción, ello como consecuencia de la creación en la misma doctrina y jurisprudencia de los Estados Unidos, nuevas tendencias referidas a la "**buena fe**" y al "**descubrimiento inevitable o hallazgo inevitable**", la primera donde se da validez a todo lo obtenido ilícitamente si los cuerpos policiales actuaron de buena fe, con la creencia de hacerlo en el marco de la ley; y el segundo donde la las resultas obtenidos de un procedimiento ilícito, serían válidas como consecuencia de determinadas circunstancias que a pesar de la ilegalidad, conducirían a su inevitable descubrimiento.[428]

JAUCHEN al tratar este punto nos indica que dentro de las excepciones a las reglas de exclusión se ubican: a. La denominada **"pruebas ilegales *in bonam partem*"** donde a pesar de la ilicitud y la exclusión, el significado de ella tendrá validez si beneficia al imputado o acusado, salvo que hubiera sido él quien lesionara los derechos fundamentales para la obtención de los elementos probatorios; b. la **"teoría de la fuente independiente"** que tiene su origen en la propia jurisprudencia de los Estados Unidos, donde se le bautizaría como la excepción de la "independant source" conforme a la cual la prueba obtenida vía ilegal podía ser admisible, si su conocimiento habría derivado de fuentes independientes, teoría que en la doctrina y jurisprudencia española se denomina **"desconexión causal"**, sin perjuicio que lo indicado también se identifica con la **"teoría de la supresión"** conforme a la cual el judicante haría supresión de la forma ilícita como se obtuvo la prueba, de manera que si ella no pudiera sostenerse por otros medios diferentes a los ilícitos suprimidos, necesariamente ante la conexión quedaría afectada por los efectos reflejos de la ilicitud.[429]

Por su parte los alemanes para otorgarle legalidad a las pruebas obtenidas o que sean producto de pruebas ilícitas, han desarrollado la denominada "**teoría del entorno jurídico**", donde se permite la posibilidad de revisar violaciones de leyes que contienen supuestas prohibiciones acerca de la práctica de la prueba, en aquellos casos donde las violaciones afecten directa y esencialmente el entorno jurídico del sujeto, o si la violación solo ha sido para el sujeto secundario o sin importancia.

[428] Joan PICÓ I JUNOY. Ob. cit. p. 355.
[429] Eduardo M. JAUCHEN. Ob. cit. pp. 645 y ss.

También se han construido otras doctrinas o teorías que permiten excepcionalmente la validez de la prueba ilícita y especialmente la validez de la prueba proveniente de una ilícita –efectos reflejos- como lo es la **"teoría de las personas dotadas de voluntad independiente" conforme** a la cual la prueba que proviene directamente de las personas a través de sus dichos, por hallarse ellas dotadas de voluntad autónoma, admite mayores posibilidades de atenuación a la regla, pues el grado de libertad de quien declara no es irrelevante para el juzgador sobre la utilidad de sus manifestaciones, de modo que la exclusión requiere en estos supuestos, de un vínculo más inmediato entre la ilegalidad y el testimonio, que aquel exigido para descalificar la prueba material.

Por último nos topamos con la **"teoría de la proporcionalidad"**, donde para atenuar los rigores de la no admisibilidad de la prueba ilícita, como nos dice PARRA QUIJANO se hace sopesar en cada caso concreto, los derechos fundamentales en conflicto y excepcionalmente permitir la aducción de pruebas, que en otras circunstancias serían ilícitas, como el caso de utilizar una grabación tomada por medio del teléfono, donde consta la propuesta de pagar una suma de dinero por la muerte de una persona, caso en el cual puede ser utilizada la grabación para evitar dicha muerte, pudiendo ser apreciada en el proceso judicial aunque hubiese sido tomada sin autorización judicial.[430]

En nuestro sistema procesal, basándonos en la posición asumida anteriormente y conforme a la cual damos validez a la prueba ilícita que se halla incorporado o materializado en el proceso sin ser detectada, consideramos que las pruebas lícitas y legales obtenidas o que sean producto de pruebas ilícitas, son perfectamente valorables por el judicante en el proceso judicial, pues además de no estar infectadas por el eventual germen de la ilicitud, la mismas puede conducir a la verificación d elos hechos afirmados y debatidos que en definitiva permiten alcanzar el valor de la justicia, todo sin perjuicio de las ya señaladas responsabilidades.

Sobre la posibilidad de valoración de la prueba obtenida ilícitamente la profesora RIBEIRO SUOSA, en su trabajo sobre el proyecto genoma humano, se hace la siguiente pregunta: ¿Será posible admitir en el proceso una prueba cuyo modo o procedimiento de adquisición fue realizado de manera ilícita, tomando en cuenta que éste será quizás la única vía para lograr enjuiciar al culpable? Para responder la interrogante se apoyada en la tesis del JORGE KIELMANOVICH, quien señala que existen varias tesis, a saber:

a. *La tesis del siglo pasado*: La cual se pronuncia por la admisibilidad y validez de la prueba con independencia de su origen.

b. *La tesis tradicional*: La cual se pronuncia por la validez y eficacia de la prueba obtenida ilícitamente, ello no obstante a que el sujeto que perpetró el acto puede ser objeto de sanciones.

---

[430] Jairo PARRA QUIJANO. Ob. cit. pp. 41 y 42.

c. *La tesis del interés público*: En la cual el operador de justicia debe considerar si el interés público resulta mejor servido admitiendo o excluyendo la prueba de los hechos que se desprenden como resultado de ella.

d. *La tesis moderna*: Conforme a la cual la prueba obtenida ilícitamente es ineficaz e inválida.*La tesis elaborada por la jurisprudencia Alemana* –Teoría del entorno jurídico-: La cual excluye la prueba ilegítimamente obtenida, salvo cuando el procedimiento constituya el único modo razonable de salvaguardar otro valor constitucional.

e. La teoría que rechaza la prueba ilícita cuando las circunstancias para su formación atenten contra derechos individuales o garantías constitucionales o sean violatorios del orden público y las buenas costumbres.

Una vez desarrolladas estas teorías la citada profesora que se comenta, considera que la que más se adapta al sistema venezolano es esta última teoría, concluyendo al efecto que es reprobable y por ende, debe condenarse el empleo de medios de pruebas desleales, criterio que como hemos expresado no compartimos, pues en muchos casos se requiere de la obtención de medios ilícitos y de la vulneración de derechos constitucionales para llegar a la certeza judicial respecto a la verificación de los hechos afirmados por las partes como fundamento de sus pretensiones o excepciones.

Pero el punto que a nuestro criterio resulta el más interesante del trabajo de la profesora RIBEIRO SOUSA, es el referido a la obtención coactiva de material genético como medio de prueba, donde el operador de justicia puede ordenar e incluso obtener en forma coactiva medios de prueba de los sujetos investigados o –agregamos- que sean parte en un proceso judicial, tales como inspecciones o exámenes corporales, pues estos se encuentran en la obligación de colaborar con el juzgador en la búsqueda de la verdad y en la obtención de la justicia, situación esta que nos coloca en el campo del **"principio de prohibición de obtención coactiva de pruebas".**

Sobre la obtención coactiva de medios de pruebas –genéticos, inspecciones corporales, muestras de sangre, saliva, cabellos, en general para obtener muestras ADN o exámenes psicológicos, entre otros-han surgido dos tesis, la que se pronuncia en su contra y la que se pronuncia a su favor, la primera se fundamenta en el derecho constitucional a la intimidad de la persona, a la integridad física, en la garantía constitucional de presunción de inocencia, al derecho que tiene todo ciudadano a no declararse culpable ni declarar contra sí mismo, para lo cual y a fin de evitar la lesión de estas garantías o derechos constitucionales, se establece un régimen de presunciones o indicios por conductas procesales, ante la negativa de la parte en el proceso a prestar la colaboración necesaria y ante la prohibición de obtención coactiva de la prueba, que operaría en contra del sujeto que se negó a prestar la colaboración para la realización de la prueba; pero indiquemos que por ejemplo esta situación prevista en el artículo 505 del

Código de Procedimiento Civil, genera ante la falta de colaboración de las partes en la realización de una inspección judicial, reproducción, reconstrucción o pericia científica, una "presunción" aunque realmente se trata de un "indicio" endoprocesal y proveniente de la conducta procesal obstruccionista, omisiva o hesitativa de la parte requerida para la colaboración, de donde se llega al conocimiento del hecho investigado o desconocido –hecho indicado- partiendo el hecho cierto, conocido y acreditado en el proceso –como lo es la conducta procesal de la parte obstruccioncita- mediante un razonamiento lógico y crítico basado en reglas de experiencia, como lo es la presunción *hominis*.

En este orden de ideas aún existiendo orden judicial que autorice la revisión externa del sujeto procesal, donde se le solicite revisar su cuerpo, se le tomen huellas dactilares, forme parte de una rueda de individuos, si éste se niega la misma no podrá ser realizada, y en caso de coacción la prueba será nula e inválida por ilícita; igualmente y en cuanto se refiere al examen genético proveniente del interior del cuerpo –muestras de semen, sangre, orina, entre otros- se hace valer el derecho que tiene el sujeto procesal a no ser sometido a tortura u otros tratos crueles o degradantes de su dignidad personal, ni a ser objeto de técnicas o métodos que alteren su libre voluntad, lo cual desemboca en la ilicitud de la prueba –artículo 46 constitucional-.

En la otra acera encontramos la tesis que se pronuncia a favor de la obtención coactiva de medios de prueba, que se fundamenta en el hecho que la misma no resulta ilícita, puesto que la obtención de muestras de sangre, semen, cabello, pelos, saliva o la participación en reconocimiento en rueda de individuos, no lesiona el derecho a la presunción de inocencia, a la intimidad, a la integridad física, al derecho a no declarar contra sí mismo ni el derecho a no declararse culpable, pues esta prueba perfectamente puede beneficiar al sujeto procesal sobre quien recae la misma, todo ello a propósito que en relación a la prueba de ADN, no es necesario recurrir a muestras que impliquen invasión interior corporal, puesto que la misma puede practicarse con una simple muestra de saliva, restos orgánicos, pelos o cabellos, sudor, entro otros, lo cual no invade al ser humano, no le causa dolor ni lo expone al escarnio público, no es lesivo a la intimidad ni a la integridad física, lo que se traduce en que previa declaratoria u orden judicial, es perfectamente válido, lícito y constitucional la obtención coactiva de medios probatorios o fuentes.

RIBEIRO SOUSA concluye señalando, que es válida la obtención coactiva pruebas consistentes en exámenes externos del cuerpo, solo cuando sean ordenadas por el juzgador mediante decisión motivada, con respecto al principio de proporcionalidad; mas las pruebas obtenidas coactivamente del

interior del cuerpo humano, no resulta válido ni eficaz –es ilícito-.[431] Resulta de gran utilidad e importancia el tema que aborda precitada profesora, especialmente cuando la colaboración de las partes para la realización de un medio probatorio no involucra el examen interior del cuerpo humano, donde el juzgador puede utilizar incluso la fuerza pública para la realización de la prueba sin que esto vulnere derecho constitucional alguno, pues este se encuentra legitimado para tal acto y su norte es siempre la búsqueda de la certeza judicial, por lo que en todo caso, ante la falta de colaboración, puede utilizarse la fuerza pública y de tratarse del caso en comento –exámenes corporales internos- la falta de colaboración activará la prueba indiciaria.

Concluyendo diremos que nos inclinamos por la tendencia favorable respecto a la obtención coactiva de pruebas siempre que no involucre tortura en ninguna de sus modalidades y niveles y que no se trate de exámenes corporales internos, lo contrario sería vulnerar derechos humanos y la prueba obtenida en estas circunstancias tendría que ser excluida por ilícita.

1.15. Principio de inmaculación de la prueba.

Este principio consiste en que el medio probatorio para que pueda ser apreciado por el sentenciador, debe estar libre de todo vicio que lo infecte y haga inapreciable, como podría ser su ilicitud en los casos no permitidos, la prohibición de la ley de hacer la prueba del hecho o de investigar el hecho, el incumplimiento de las formalidades legales, procedimentales y constitucionales requeridas por determinado medio probatorio, como la legalidad, pertinencia, relevancia, idoneidad o conducencia, licitud de medios y fuentes, tempestividad, regularidades en general una actividad probatoria enmarcada en el debido proceso.

De esta manera el medio probatorio capaz de llevar al proceso las fuentes para verificar los hechos afirmados por las partes y conducir a la convicción o certeza judicial, debe ser limpio, legal, pertinentes, relevante, tempestiva, regular, idónea o conducente, lícita, de lo contrario no podrá ser valorada o tomada por el juzgador para dar por demostrados los referidos hechos enunciados, lo que incluso se traslada al tema de la fuentes probatorias, cuya obtención también debe ser inmaculada, de manera que para que se produzca la prueba en su noción procesal como resultado de la actividad probatoria, convicción o certeza, la actividad en cuestión debe ser inmaculado, lo contrario afectará la validez del acto, del establecimiento de los hechos y eventualmente, según la determinancia o influencia del vicio, la infracción legal que haga rever el acto sentencial.

---

[431] Dilia María RIBEIRO SOUSA. El Proyecto Genoma Humano y sus Implicaciones en el Ámbito Penal. Trabajo publicado en el libro homenaje a José Andrés Fuenmayor. Tomo II. Tribunal Supremo de Justicia. p.p.237 a la 281.

1.16. Principio de la autoresponsabidad o de la carga de la prueba, también conocido como cláusulas de cierre.

Como hemos escrito para que el *judex* pueda declarar la procedencia en alguna reclamación judicial la voluntad de la ley en el caso concreto, debe contar con los medios probatorios que le demuestren los hechos enunciados o afirmados por las partes como fundamento de sus pretensiones o excepciones que sirven como presupuesto de las normas jurídicas que regulan la consecuencia que le benefician de manera que en el proceso, los cuales en el marco del sistema de procedimiento regido por el principio dispositivo, queda en cabeza de las partes, quienes no solo tienen la carga de la expiación, afirmación o alegación de los hechos, sino que también les importa aportar los medios probatorios que llevarán las fuentes demostrativas o verificativas de tales hechos, pues el judicante tiene interdicción en suplir la actividad de las partes, investigar hechos y traer fuentes al proceso, actividad que es competencia y legitimación de las partes, so pena de infraccionarse más allá del precitado principio dispositivo, el constitucional y humano de imparcialidad judicial.

De esta manera y tras cumplir con una carga alegatoria, son a las partes a quienes les compete la actividad y carga probatoria, pues recordemos que en el proceso hay la necesidad –principio- de la prueba, aún cuando el judicante tiene facultades oficiosas de ordenar "medios" probatorios de oficio para verificar los hechos enunciados por las partes, pero esto no puede ser visto ni implica suplir la precitada carga probatoria en cabeza de las partes, tal y como lo analizaremos en otro momento al tratar la carga probatoria y la actividad oficiosa del judicante.

La carga de la prueba es una noción procesal que contiene una regla de juicio que le indica al operador de justicia, cuando en el proceso no existan medios probatorios que permitan verificar las afirmaciones o negaciones de los hechos enunciados y controvertidos, contra quien debe fallar e indirectamente le indica a las partes, quien tiene el interés de producir en el proceso los medios que contengan las fuentes que permitan la verificación de los enunciados y la convicción judicial, para no sufrir la consecuencia de la perdida del proceso judicial.

Las partes tiene en el proceso la carga de aportar la prueba –en su noción general- de los hechos enunciados que sirven de fundamento de la norma jurídica que consagra la consecuencia jurídica constitutiva, extintiva, impeditiva o modificativa que le beneficia y que han solicita, circunstancia esta que marca la noción subjetiva del *onus probandi*, que se une a la noción objetiva en cabeza del judicante, conforme a la cual la carga de la prueba la utilizará el juzgador al momento de fallar, cuando observe que en el proceso existen hechos alegados y no demostrados o demostrados insuficientemente, pues de existir

pruebas de los hechos enunciados y controvertidos la regla de juicio de la carga probatorio no será utilizada por el juzgador, de manera que insistimos que la carga probatoria como principio solo será utilizada al momento de sentenciar, cuando no existan pruebas de los hechos debatidos que permitan al juzgador determinar cual de las dos versiones discutidas es la que debe considerar, fallando contra aquella parte que tenía el interés de aportar al proceso la prueba de tales hechos y no lo hizo.

A modo de conclusión podemos decir que este principio consiste en que las partes son quienes tienen el interés aportar al proceso los medios probatorios que conduzcan las fuentes que permitan verificar los hechos enunciados en las pretensiones o excepciones, que son fundamento de la norma jurídica y que consagran determinadas consecuencias perseguidas por las partes, so pena de ser objeto de las consecuencias de esa falta o insuficiencia de la actividad probatoria que se traducirá en una sentencia adversa sobre quien pesaba dicha carga, para lo cual el judicante aplicará este principio como sucedáneo de pruebas para evitar una sentencia absolutoria –*non liquet*- pues recordemos que existe en el proceso la necesidad de la prueba como principio fundamental, de manera que la inexistencia de la regla de juicio que analizamos brevemente y que hemos heredado desde el Derecho Romano, siempre conduciría a la imposibilidad de emitir un pronunciamiento que declarara la voluntad de la ley en cada caso concreto, lo que se presenta como un vicio de la sentencia que genera su nulidad, sea en vía ordinaria de apelación o extraordinaria de casación, sin perjuicio de la declaratoria vía amparo constitucional en los casos permitidos.

Importa destacar antesde cerrar este apartado, que y respecto al proceso penal, la carga probatoria como consecuencia del estado de inocencia que protege o ampara al acusado en forma plena y sin limitación legislativa, corresponde en todos los casos al acusador, sin que sea permitido inversión alguna que de preverse legalmente o realizarse judicial conduciría a la lesión de derechos constitucionales, de manera que en ningún caso y bajo ninguna premisa, puede colocarse en cabeza del acusado la carga del acreditamiento de extremos de hecho que se ubiquen en su defensa, como erradamente sucede en materia de enriqucimiento ilícito conforme a la Ley Contra a Corrupción, legitimación de capitales e ilícitos cambiarios, conforme a la Ley de Delincuencia Organizada y Financiamiento del Terrorismo, aplicación de recomendaciones del GAFIC –Grupo de Acción Financiera del Caribe- así como la Ley de Ilícitos Cambiarios, contrabando de extracción conforme a la Ley de Precios Justos, entre otros supuestos que de manera arbitraria colocan la carga de la prueba de los extremos de hecho que corresponde al acusador, en cabeza del acusado, síntoma evidente de arbitrariedad antidemocráticae inconstitucional. Sobre este tema volveremos en el capítulo correspondiente dedicado a la carga de la prueba,

1.17. Principio de *favor probationes*.

Se trata de un principio que como nos dice KIELMANOVICH, es de poco desarrollo por parte de la doctrina y de difícil conceptualización, pero de insoslayable importancia en los procedimientos judiciales ante casos complejos sobre la duda o dificultad probatoria –*difficilioris probationis*- donde deberá estarse a favor de la admisibilidad, conducencia o eficacia de la prueba, flexibilizando las reglas particulares que gobiernan el régimen de admisibilidad y eficacia en cuestión.[432]

En este orden de ideas el principio en cuestión trata de privilegiar la admisibilidad o validez de los medios probatorios para crear la convicción judicial, en aquellos casos de dificultad respecto a la admisibilidad y demostración de determinados hechos, el primero de los casos –admisibilidad- que se presenta cuando existe dificultad o imposibilidad de apreciar in limine litis si el medio probatorio debe ser o no admitido, en otras palabras, si existe una causal o motivo claro de inadmisión que permita el juzgador negarle al medio probatorio su entrada al proceso, lo que generalmente lo observamos en nuestros diferentes sistemas de procedimientos al exigir que el medio probatorio sea admitirá, solo cuando no sea "manifiestamente" ilegal o impertinente, lo que se traduce que el análisis de los requisitos de admisibilidad -su relevancia, pertinencia, conducencia o idoneidad, tempestividad, legalidad, licitud y regularidad- debe hacer bajo una visión, amplia, constitucional y garantista que se incline hacia la admisibilidad del medio, salvo que exista de manera cierta, concreta, de bulto y acreditada una causal de inadmisibilidad.

Pero el principio de *favor probationis* no solo se ve marcado en el momento de la admisión de la prueba, sino que también opera en escenarios como la carga probatoria en casos de dificultad, operando como criterio determinante para la aplicación de las cargas dinámicas y reglas correctivas de distribución probatorias por disponibilidad y facilidad, conforme a las cuales, aún cuando la carga probatoria corresponda a aquella parte que es favorecida con la consecuencia jurídica prevista en la norma que se active con la verificación del hecho enunciado –indistintamente quien lo haya afirmado- si el contendor judicial se encuentra ante una mayor posibilidad, facultad o disponibilidad para aportar al proceso el medio y la fuente acreditativa del hecho, en función de la lealtad y probidad procesal y constitucional, será él quien debe aportar la prueba so pena de sufrir las consecuencias de la falta de prueba. En este sentido el principio que analizamos también aplica en materia de carga probatoria, para permitir hacer recaer la carga sobre aquella persona –parte- que aún cuando no esté gravado con la misma, tenga una mejor posición de disponibilidad o facilidad en la realización de la prueba, lo que excepcionalmente no puede operar en el sistema penal cuando ello corresponda al acusado, quien está

[432] Jorge. L., KIELMANOVICH. Ob. cit. pp. 60 y ss.

investigado o goza de un principio de presunción de inocencia que hace recaer la carga de la prueba de cargo sobre el acusador, esté o no en mejor condición probatoria.

En este mismo sentido la aplicación del principio de *favor probationis* permite que ante la falta de colaboración en la prueba de aquel sujeto en mejores condiciones, el judicante pueda extraer de las conductas procesales omisivas, obstruccionistas o hesitativas indicios probatorios que ayuden a la acreditación del hecho; pero también aplica el principio que estudiamos en materia de hechos negativos, que en base a la dificultad probatoria de su demostración coloca en cabeza de la parte contraria a quién lo afirma, la carga de la afirmar el hecho positivo en contrario y producir su demostración, ello insistimos, en base a una mejor posición y facilidad en la demostración de la afirmación.

KIELMANOVICH ya citado, nos indica también que este principio opera respecto a la valoración de determinados medios probatorios, que aún no siendo los más idóneos o conducentes para la demostración o acreditación de los hechos enunciados o afirmados por las partes, ante la dificultad de obtener o producir otros medios probatorios, debe favorecerse a su utilización y eventualmente valoración, como es el caso de los testigos en relaciones familiares, violencia familiar y del género, divorcio, concubinato, simulación de actos, incluso en materia punitiva, donde generalmente –en los últimos dos casos- se pretende la realización de hechos sin dejar huellas o rastros, para lo cual lo más idóneo que se presenta para reconstruir los hechos y verificarlos es la prueba indiciaria. También en materia testimonial pueden darse los casos que el testigo no recuerde bien los hechos, datos, fechas y demás detalles respecto a los hechos preguntados, lo que en base al principio de *favor probationis* no debe conducir a desechar en la sentencia la deposición, pues por el contrario si se trata de hechos ocurridos mucho tiempo atrás, incluso que el testigo esté avanzado de edad, resulta corriente y favorable a la veracidad del dicho, los precitados olvidos que descartan una declaración falsa ante la meticulosidad de los detalles.

En definitiva el principio que analizamos es de fundamental necesidad e importancia en los casos de dificultad probatoria, tanto respecto a la admisión de los medios probatorios, como respecto a su valoración.

1.18. Principio de prohibición de que las partes no pueden valerse de pruebas constituidas por ellas misma.

Este principio es consecuencia de otros ya analizados, especialmente el de contradicción de los medios probatorios conforme al cual, los únicos medios probatorios válidos que servirán para llevar las fuentes que permitan acreditar los hechos afirmados y producir la convicción judicial, son aquellos realizados en el marco del proceso, en audiencia pública y con bilateralidad o contradictorio, de manera que si la prueba no se forma con la posibilidad de debate, no podrá servir para la certeza judicial.

Por criterio en contrario los medios probatorios procurados por las partes sin la intervención del otro, sin bilateralidad o contradictorio formados *in sua causa*, carecen de todo valor probatorio.

Así por ejemplo el jurista panameño Jorge FÁBREGA nos dice que la parte no puede ofrecerse a sí misma *in sua causa* para concurrir a declarar; que los documentos que se aporten al proceso han de provenir de terceros o de la contraparte, regla ésta –indica- diferente a la que se presenta en el sistema anglosajón donde es válida la propia declaración a favor de la propia parte en el proceso.

Interesa destacar que si bien este principio busca que la prueba no sea a espaldas del contendor judicial, que sea de su conocimiento y con posibilidad de cuestionarla y controvertirla, debemos considerar que en base al principio antes analizado de *favor probationis* y en determinados casos, resulta viable la prueba que se procura la parte –en su favor- en su propia causa, tal como se presenta en materia de intereses cobrados judicialmente por los bancos, donde y ante la impugnación de los mismos, el único que puede señalar la tasa de interés aplicable es el propio banco, pues la Superintendencia de Bancos y el Banco Central de Venezuela solo fijan bandas de interés señalando las máximas y mínimas dentro de las cuales puede fijarse por parte de cada institución bancaria, más y respecto a dicha fijación es cuestión que solo corresponde a cada banco; en materia mercantil, si el comerciante quiere hacer valer el contenido de los libros, debe igualmente soportar lo que sea contrario a su interés y viceversa para la otra parte.

Respecto a la *declaratio pro se in sua causa*, nuestro legislador no la interdicta, de manera que puede resultar perfectamente viable como medio de prueba libre en los sistemas de procedimiento, así como ejemplo vemos que en procedimiento penal, se permite la declaración de imputado y del acusado, declaración que puede ser favorable y que por ello no debe ser desechada por el judicante; incluso –en cualquier clase de procedimientos- si se trata de una confesión cualificada o calificada donde existen dos hechos, uno de ellos es desfavorable pero el otro es favorable y no pueden dividirse la precitada confesión en contra del confesante, de manera que aquel que quiera hacerla valer debe soportar la declaración favorable, de donde vemos por ejemplo una prueba *in sua causa*.

Sin perjuicio de estos casos excepcionales, lo cierto es que la prueba en general o los medios de prueba válidos que sirven a la convicción judicial, solo son aquellos que no emanen de la propia parte en su favor, que permitan el contradictorio o bilateralidad para evitar un juego procesal sucio.

1.19. Principio de libre apreciación.

La libre apreciación de los medios probatorios y las fuentes a través de un sistema de libre convicción racional o sana crítica, donde se conjugan reglas de la lógica, la experiencia y conocimientos científicos, es el deber ser en la materia probatoria, donde el judicante tenga una libertad –no libertinaje- en materia de formación de pruebas en su noción procesal

Es un tema constitucional que el juez sea libre en la apreciación de los medios probatorios y sus fuentes para crear la convicción judicial, pues a él va dirigida la actividad probatoria y debe tener amplitud y libertad en su valoración; no obstante todavía tenemos reminiscencias de viejas posturas y doctrinas que orientan las reglas de valoración de pruebas a sistemas tasados donde el legislador en forma anticipada y en consideración a la desconfianza para con los jueces, establece reglas expresas y grados de convicción en determinados medios probatorios, como ocurre en el sistema de procedimiento civil escrito donde se conjugan los sistema de la sana crítica y la tarifa legal, este último para los casos de las pruebas instrumentales públicas y privadas, el juramento decisorio y la confesión, sin perjuicio de reglas preestablecidas en materia de testimoniales y de indicios.

Estas reglas tasadas o tarifadas hoy día se presentan como fósiles jurídicas que nos legaría al antiguo sistema español, que en el marco de un sistema constitucional como el que tenemos, no pueden sostenerse, especialmente cuando de procedimientos orales hablamos, lo que nos ha permitido afirmar en otro momento –ver el tema del derecho constitucional de acceso al sistema probatorio- su exterminio a través de la desaplicación vía control difuso o reinterpretación de las sobre prueba tasada o tarifada, para dar paso a un sistema de libre apreciación razonada que permita al judicante con libertad dentro de las reglas lógicas, de la experiencia y los conocimientos científicos, analizar cada uno de los medios probatorios propuestos, las fuentes que a través de ellos se incorporen al proceso y que en definitiva conducirán a la convicción judicial respecto a la verificación de los hechos enunciaos o afirmados por las partes como fundamento de sus pretensiones o excepciones, a través de una análisis motivado, razonado, racional y congruente del tema fáctico y probatorio.

Sólo la aplicación de un sistema de libre apreciación razonada o sana crítica permite garantizar la efectividad de las decisiones judiciales y el buen actuar del judicante, pero para ello debemos cuidar de tener jueces preparados y formados, no solo en el marco de una carrera judicial, sino también académicamente y en este último caso, en el marco del estudio de la ciencia procesal que incluye la probatoria, pues si no entendemos el mensaje y como actualmente ocurre, nuestros jueces son colocados por meras cuestiones políticas, de amiguismos e intereses sin tener presente la formación, por lo que el Sistema de Justicia y especialmente nuestro Poder Judicial, seguirá estando secuestrado por la mendicidad

y mediocridad al estar arrodillado a los designios del partido de gobierno de turno, brindándole un manto de legalidad y constitucionalidad a los actos de arbitrariedad contrarios al texto constitucional, lo que se hace a través de sentencias acomodaticias y manipuladas que a diario se producen ante la mirada complaciente y cómplice de los venezolanos, de los cuales nos desmarcamos y alzamos la voz desde nos corresponda, para que nuestro hijo el día de mañana no nos juzgue como mediocres y cómplices, aunque seamos objetos de represalias por parte de quienes hoy secuestran los Poderes y destruyeron a las Instituciones y a la institucionalidad, por el solo beneficio personal o simplemente –como ocurre en nuestros senos familiares- por idiotización de la ideología del dinero fácil disfrazada de política.

1.20. Principio de separación del investigador y juzgador.

Este principio es consecuencia de aquello que hemos analizado en otro momento, referido a que el judicante no es un investigador de los hechos, sino un verificador de los mismos cuando son enunciados por las partes como fundamento de sus pretensiones o excepciones, al ser presupuestos de las normas que consagren las consecuencias jurídicas perseguidas por ellos.

En el marco del proceso son las partes quienes deben cumplir su carga de alegación de los hechos en que se fundamenten sus pretensiones en general, hechos que una vez controvertidos es sobre los cuales deberá recaer la actividad probatoria y especialmente dentro de los cuales el juzgador debe ejercer su jurisdicción, pues recordemos que el judicante en base a los principios de congruencia y dispositivo, no puede resolver cuestiones no debatidas, más allá de las debatidas y menos de lo debatido, so pena de incurrir en vicios del acto sentencial; son las partes quienes deben realizar la actividad heurística de buscar los hechos, sus fuentes y enunciarlos institucionalmente como fundamento de sus pretensiones o excepciones, diseñando el plan probática tanto dentro como fuera del proceso, actividades éstas de las cuales es ajeno el judicante y de que por demás está interdicto, pues su función es juzgar respecto al material de hecho y probatorio allegado al proceso por las partes, sin perjuicio que en materia de pruebas, pueda ordenar de oficio medios sin suplir actividad o carga de partes.

De esta manera el tema de la investigación de los hechos no compete al judicante, separándose de la actividad de juzgamiento que en definitiva y respecto al tema probatorio, es una cuestión que se ciñe a la constatación o verificación de los hecho enunciados a través de las fuentes aportadas por los medios, lo que es bastante diferente a la actividad de investigación que en un momento conjugaba el juzgador en aquellos procesos penales regidos por el derogado Código de Enjuiciamiento Criminal, donde la investigación de los hechos, la acusación y el juzgamiento estaban en manos de un mismo sujeto: el juez.

Con la sustitución del sistema inquisitivo por el sistema acusatorio cada sujeto procesal cumple su propio rol, donde la investigación de los hechos, la acusación y la carga probatoria esta en cabeza de las partes, especialmente del acusador, en tanto que el tema del juzgamiento corresponde al judicante, de ahí que por ejemplo los actos de investigación en cabeza del Ministerio Público acusador no puedan ser considerados como actos de prueba capaces de conducir a la convicción judicial, pues sin perjuicio de incumplir con principios de inmediación, contradicción, oralidad, publicidad y concentración, han sido realizados sin la intervención del órgano jurisdiccional que debe sentenciar, ello sin perjuicio de la anticipación de medios y la preconstitución de fuentes como casos excepcionales que hemos analizados en otro momento.

En definitiva como principio esencial del tema probatorio no pueden conjugarse la actividad de investigación y de juzgamiento, que además de corresponder a sujetos diferentes que cumplen funciones diferentes, su incumplimiento generaría parcialidad probatoria como lo analizaremos en el principio que sigue.

1.21. Principio de imparcialidad en la actividad probatoria.

La imparcialidad judicial es un derecho constitucional y humano reconocido en el artículo 49 constitucional, así como en instrumento internacionales referido a los Derechos humanos, que por lógica no puede estar al margen en materia probatoria pues su aplicación es en el marco y a lo largo de todo el proceso.

En materia probatoria el tema de la imparcialidad judicial como indicamos, debe estar presente en los actos de promoción de medios probatorios, recibimiento, oposición y providenciación respecto a su admisión o no, así como en la evacuación y en su valoración, lo que podrá ser constatado a través de la conducta del judicante y especialmente con la motivación que exprese en cada caso, que permitirá determinar el grado de sugestividad, falta de objetividad y en definitiva parcialidad al resolver el tema probatorio, como puede ocurrir cuando no emite pronunciamiento sobre los medios propuestos, cuando de manera absurda o sin argumentación alguna niega la admisión de medios probatorios, cuando se resiste a la evacuación de medios probatorios, no permite la intervención de las partes en su evacuación, limita el ejercicio del derecho de contradicción o produce una valoración sin motivación, con motivación errada incluso cuando no valora las fuentes probatorias.

Todos estos casos que denotan el incumplimiento del deber de imparcialidad, pueden ser controlados por las vías legales establecidas en los sistemas de procedimiento, como la revocatoria,

reclamo en audiencia, apelación, casación y hasta amparos constitucionales, sin perjuicio del derecho de recusación que tienen las partes y del deber de inhibición del judicante.

Un punto interesante en el tema de la imparcialidad se presenta, cuando se trata de la actividad probatoria oficiosa del judicante que generalmente regulan y permiten los diferentes sistemas de procedimiento, especialmente cuando éstas pueden ser consideradas como suplidoras de las actividades probatorias o cargas probatorias de las partes que en el marco del principio dispositivo que rigen los procesos, son las partes quienes tienen la carga de la explanación y de la prueba.

Las actividades probatorias oficiosas –como veremos en su oportunidad- no están diseñadas para suplir carga probatoria de partes, sino para que el judicante una vez que las mismas han sido diligentes en el cumplimiento de sus cargas, pueda ordenar de oficio medios probatorios en busca de la tan famosa verdad, incluso para disipar dudas y poder mejor proveer, pero cuando esa actividad se desborda y el judicante suple actividad de partes, como generalmente sucede en materia laboral y de niños y adolescentes, en base a la invocación de los famosos principios de primacía de la realidad sobre las formas, el orden público del derecho tratado y en el último caso el interés superior del niño y adolescentes, evidentemente estamos ante casos de lesión al derecho a la imparcialidad judicial que vulneran el tema constitucional.

En definitiva la imparcialidad desde la visión probatoria se conecta con el derecho humano de ser juzgado por jueces objetivos, que no oculten ningún tipo de motivo que les haga favorecer a alguno de los sujetos procesales, donde los actos procesales sean realizados ante un juez que trate a las partes en igualdad de condiciones y que no esté conectado con ninguna de las partes para que el proceso pueda ser debido y la prueba inmaculada.

1.22. Principio competencia en la actividad probatoria.

Este principio se refiere a la identidad que debe existir entre los actos probatorios y el órgano jurisdiccional que debe realizar y conocer de los mismos, para que puedan ser considerados válidos desde una visión constitucional y legal, pues como hemos señalado al analizar otros principios, la idea fundamental es que el mismo judicante que haya de sentenciar, sea el que hubiera conocido y ante quien se hubieran realizado todos los actos de prueba, lo que ayudaría a la mejor formación de la convicción judicial por esa inmediación o contacto directa del judicante con los medios probatorios aunque no lo sea en relación al tema de las fuentes.

La finalidad esencial del principio en estudio es que especialmente los actos de evacuación de los medios probatorios y la valoración de las fuentes, correspondan al mismo órgano jurisdiccional ante quien

se hubiera realizado los precitados actos probatorios, pero y como veremos no necesariamente esta es la regla, no solo cuando expresamos que en materia de recursos –apelación y casación- no puede cumplirse con la inmediación y competencia pregonada en los términos señalados, sino que la problemática también se presenta en otros casos que analizamos de seguidas

Comencemos diciendo que cuando se trata de anticipación de medios probatorios y la posibilidad de comisión, se trastoca absolutamente el principio de competencia como consecuencia de no materializarse el de inmediación, lo que resulta inevitable pues generalmente existen medios probatorios ubicados en un lugar distante a donde se encuentra la sede del tribunal de la causa y que no pueden ser trasladados a éste último, casos en los cuales y como indicamos la comisión es necesaria.

Pero también en el sistema de procedimientos observamos que los actos de prueba se encuentran repartidos en la misma causa a jueces diferentes, donde el juzgador que recibe, analiza y admite las pruebas, es diferente al que las va evacuar y a valorar, como por ejemplo sucede en materia penal donde es el juez en funciones de control quien tiene atribuida la competencia para recibir los medios de prueba propuestos por las partes –fiscal acusador, victima querellada o adherida a la acusación fiscal y acusado- quien conocerá del eventual debate sobre su admisibilidad en la audiencia preliminar y en definitiva, quien emitirá el pronunciamiento sobre su admisión, todo en los términos de los artículos 308, 309, 311, 313 y 314 del Código Orgánico Procesal Penal, este último que indica que en el auto de apertura de juicio donde admite total o parcialmente la acusación, el juez de control debe resolver sobre las pruebas admitidas y las estipulaciones realizadas entre las partes. Respecto a la evacuación de los medios probatorios admitidos en fase preliminar, sin perjuicio de pruebas sobrevenidas, ampliación de acusación y nueva calificación jurídica –éstas últimas dos donde se permiten nuevas pruebas- corresponderá a la competencia al juez de Juicio al momento de la audiencia oral y pública.

Como podemos ver en el sistema penal la competencia respecto a las actividades probatorias no corresponden a un mismo judicante, lo que en principio nos permitiría opinar que es un absurdo que el juez que se pronuncie sobre la admisión de los medios probatorios sea diferente al que en definitiva las va a valorar, ya que si el juez de la valoración –Juicio- considera que una de los medios propuestos por las partes e inadmitido por el juez de Control era esencial para la formación de la convicción judicial, ya nada podría hacer en ese momento, lo que no podría ser corregido a través del contenido del artículo 342 del Código Orgánico Procesal Penal, que se refiere a la posibilidad de nuevas pruebas pero sujeto a casos de hechos o circunstancias nuevas, tal como podemos observar de su redacción al expresar […] *Excepcionalmente, el tribunal podrá ordenar, de oficio o a petición de parte, la recepción de cualquier prueba, si en el curso de la audiencia surgen nuevos hechos o circunstancias nuevas, que requieran su establecimiento. El tribunal cuidará de no reemplazar por este medio la actuación propia de las partes.”*

Pero ante la incongruencia o absurdo del planteamiento del legislador penal, el único argumento posiblemente válido, sería el tema de la ilicitud de la prueba que permitiría que el juez de Juicio no se contaminara con la misma y perdiera competencia para poder resolver el conflicto judicial; y decimos que "posiblemente" pues no siempre el argumento de ilicitud de la prueba está a la orden del día, de manera que si no existiera alegato de tal situación no existiría base legal y constitucional para sostener la división de competencias; incluso en materia de ilicitud, el juez de Juicio perfectamente pudiera abrir una incidencia sin contaminarse de su resultado y sin perder la competencia, argumentos éstos que echarían por tierra la base de la división competencial. Lo sostenido abona el terreno para considerar en futuras reformas –que siempre están a la orden del día en materia procesal penal para incorporar nuevas disposiciones que favorezcan al régimen de gobierno de turno, incluso para justificar su incapacidad- la competencia respecto a la admisión de los medios de prueba correspondan al juez que va a sentenciar.

Una situación parecida se ubica en el esperpento procedimiento de niños, niñas y adolescentes donde observamos una fase preliminar –audiencia preliminar- dividida a su vez en fase de mediación y fase de sustanciación, ésta última que conforme a lo previsto en el artículo 474 de la Ley, dentro de los diez días siguientes a que conste en autos la conclusión de la fase de mediación de la audiencia preliminar o la notificación de la parte demandado para los casos donde se prescinde de esta parte, el accionante tiene la carga de proponer sus pruebas mediante escrito, lapso éste donde el demandado por su parte debe presentar su escrito de contestación de la demanda lo que hará junto con el escrito de pruebas, y que podrá hacerse en ambos casos en forma oral para ser educido en acta que se levante al efecto, señalando la precitada norma […] *Dentro de los diez días siguientes a que conste en autos la conclusión de la fase de mediación de la audiencia preliminar o la notificación de la parte demandada en los casos en los cuales no procede la mediación, la parte demandante debe consignar su escrito de pruebas. Dentro de este mismo lapso, la parte demandada debe consignar su escrito de contestación a la demanda junto con su escrito de pruebas. En ambos casos, el contenido de estos escritos puede presentarse en forma oral, siendo reducidos a un acta sucinta. Los escritos de pruebas deben indicar todos los medios probatorios con los que se cuente y aquellos que se requieran materializar, para demostrar la procedencia de los respectivos alegatos. Los primeros pueden ser consignados con el escrito de pruebas o en la audiencia preliminar. Los segundos deben ser preparados durante la audiencia preliminar o evacuados directamente en la audiencia de juicio, según su naturaleza. En la contestación de la demanda se puede reconvenir a la parte demandante, en cuyo caso la demanda reconvencional debe cumplir con los requisitos establecidos en este procedimiento para la demanda, pudiéndose presentar en forma escrita u oral, caso con el cual será reducida a un acta sucinta. Propuesta la reconvención, se debe admitir si la misma no fuera contraria al orden público, a la moral pública, o a alguna disposición expresa del ordenamiento jurídico. El juez o jueza debe ejercer el despacho saneador, caso en el cual admitirá la demanda y ordenará su corrección mediante auto motivado, indicando el plazo para ello, que en ningún caso puede exceder de cinco días. Admitida la reconvención debe contestarse la misma, en*

forma escrita u oral, dentro de los cinco días siguientes, adjuntando, si fuere el caso, el escrito de pruebas correspondiente. En estos casos, la fase de sustanciación de la audiencia preliminar se debe celebrar, dentro de un plazo no menor de cinco días ni mayor de diez días siguientes a aquél en que concluya el lapso para la contestación de la demanda reconvencional."

Contestada la demanda o promovidas u ofertadas las pruebas según se trate, en el día y hora que se señale tendrá lugar la fase de sustanciación de la audiencia preliminar, oportunidad que deberá ser fijada por auto expreso luego de vencido el lapso para contestar la demanda y producir pruebas, aunque la ley no lo hay señalado, lo que deberá hacerse en el lapso de tres días de despacho conforme al artículo 10 del Código de Procedimiento Civil. En estos términos señala el artículo 475 que […] *En el día y hora señalados por el Tribunal de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes tendrá lugar la fase de sustanciación de la audiencia preliminar, previo anuncio de la misma. Esta fase es pública, salvo las excepciones previstas en la ley, y la preside y dirige el juez o jueza de mediación y sustanciación, quien debe explicar a las partes la finalidad de la misma. El juez o jueza oirá las intervenciones de las partes, primero la parte demandante y luego la parte demandada, permitiéndose el debate entre ellas bajo su dirección. Sus intervenciones versarán sobre todas y cada una de las cuestiones formales, referidas o no a los presupuestos del proceso, que tengan vinculación con la existencia y validez de la relación jurídica procesal, especialmente para evitar quebrantamientos de orden público y violaciones a garantías constitucionales como el derecho a la defensa y a la Tutela judicial efectiva. Las observaciones de las partes deben comprender todos los vicios o situaciones que pudieran existir, so pena de no poder hacerlos valer posteriormente. El juez o jueza debe decidir en la misma audiencia todo lo conducente. En esta misma fase de sustanciación de la audiencia preliminar, una vez resueltas las observaciones del las partes sobre las cuestiones formales ya mencionadas, se deben ordenar las correcciones, los ajustes y proveimientos que sean necesarios, los cuales deben ser tramitados e implementados con la mayor diligencia y prontitud, sin que para ello se detenga el proceso, a menos que por efecto de lo decidido por el juez o jueza sea necesario llamar a terceros interesados indisolublemente en la causa. En este caso, el juez o jueza ordenará su emplazamiento, convocando a una nueva audiencia preliminar, que tendrá lugar el día y hora que indique el Tribunal de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes dentro de un plazo no menor de quince días ni mayor de veinte días siguientes a aquel en que conste en autos su notificación, todo ello a fin de que los terceros, como partes derivadas de la causa, puedan ejercer el mismo derecho que corresponde a las partes originarias del proceso."*
Conforme a la norma en cuestión, la audiencia de sustanciación de esta audiencia preliminar tendrá fundamentalmente por objeto la discusión sobre las cuestiones formales, referidas o no a los presupuestos procesales para evitar el quebrantamiento del orden público y las infracciones al debido proceso y la tutela judicial efectiva, y aunque la norma señale que es ésta la oportunidad preclusiva para hacerlos valer, lo cierto es que por su carácter público y constitucional, aún cuando no fueran hechas valer en la audiencia de sustanciación, nada impide que no puedan ser propuestas en otro momento u observadas de oficio, vale decir, que en este tema no puede operar la mentada preclusión que pretende inconstitucionalmente imponer la norma; en todo caso, la decisión sobre el debate de los presupuesto procesales y los defectos

formales del proceso, serán decididos por el juez de sustanciación en esa misma audiencia, sin que hubiese sido previsto en forma alguna la posibilidad de recursos, sea reclamo o queja en audiencia, apelación o replanteo ante el superior.

En todo caso, de tenerse que corregir algún presupuesto o defecto del proceso, se procederá a lo que la ley denominada "preparación de las pruebas" contenido en el artículo 476 que expresa […] *Una vez resueltos los aspectos señalados en el Artículo anterior, el juez o jueza debe revisar con las partes los medios de prueba indicados en los respectivos escritos, analizando los que hubieren sido consignados, así como aquellos con los que cuenten para ese momento. El juez o jueza debe decidir cuáles medios de prueba requieren ser materializados para demostrar sus alegatos, pudiendo verificar la idoneidad cualitativa y/o cuantitativa de los mismos, a fin de evitar su sobreabundancia y asegurar la eficacia respecto del objeto de la controversia o la necesidad de que sean promovidos otros. El juez o jueza debe ordenar la preparación de los medios de prueba que requieren materialización previa a la audiencia de juicio, convocando a las partes para los actos que se señalen, solicitando las experticias correspondientes u oficiando a las oficinas públicas o privadas, o a terceros extraños a la causa, la remisión de las informaciones necesarias o datos requeridos. Excepcionalmente, también puede comisionarse a otros tribunales que deban presenciar determinadas actuaciones probatorias de conformidad con su competencia territorial, cuando éstas sean imprescindibles para decidir la controversia. El juez o jueza puede ordenar, a petición de parte o de oficio, la preparación o evacuación de cualquier otra prueba que considere necesaria para el mejor esclarecimiento de la verdad. La fase de sustanciación de la audiencia preliminar puede prolongarse así cuantas veces sea necesario hasta agotar su objeto. Concluida la preparación de las pruebas, se da por finalizada la audiencia preliminar. En ningún caso, la fase de sustanciación de la audiencia preliminar debe exceder de tres meses. El juez o jueza debe dejar constancia en auto expreso de la terminación de la audiencia preliminar y remitirá el mismo día o al día siguiente el expediente al juez o jueza del juicio."* De la lectura de la norma en comento observamos que el juez deberá decidir cuales medios de prueba propuestos requerirán evacuación anticipada por su naturaleza y además deberá verificar la idoneidad "cuantitativa" y "cualitativa" de las mismas, esto es, la cualidad y cantidad de la prueba, lo que no tenemos ni las más mínima ideas a que se refiere esto; pero incluso, la misma norma indica que el juez también puede indicar la necesidad de sean promovidos otros medios probatorios, esto es, la determinancia de la insuficiencia probatoria con la indicación de la necesidad de producir nuevos medios probatorios. Luego, en primer lugar debemos destacar que y sin perjuicios de la mentada idoneidad "cuantitativa" y "cualitativa" de la prueba, el análisis de estos indeterminados y desconocidos aspecto como de otros requisitos de admisibilidad, han quedado en las manos de un juez de Sustanciación a quien no va dirigida la prueba y quien no se hace convencimiento, pues no será éste quien deba dictar sentencia de fondo; en segundo lugar, ni es éste el juez idóneo ni el momento procesal pertinente para que pueda establecerse o indicar la insuficiencia de los medios probatorios propuestos, pues para ello habrá que esperar la evacuación de las pruebas aportadas por las partes, lo que tendrá lugar

en un estadio procesal posterior y ante un juez de Juicio; en tercero lugar diremos que la norma permite a petición de parte o de oficio la preparación o evacuación de cualquier prueba que sea considerada necesaria, para el mejor esclarecimiento de la verdad, lo que también es otro disparate si tomamos en consideración –como hemos anotado- que el juez de Sustanciación no es el juez de decisión ni el que se hace un mejor convencimiento de la verdad, pues de ello se encargará el juez de Juicio, de tal manera que no dudamos en calificar de mediocre y torticero este sistema de procedimiento.

Respecto a la evacuación de los medios de prueba –como hemos adelantado- no corresponde al juez de Sustanciación, sino a un juez de Juicio diferente que en definitiva va a sentenciar, de donde podemos deducir la diferencia competencial en el tema probatorio y que pueda producir los mismos perjuicios señalados en el sistema penal, pues la admisión de los medios está a cargo de un diferente al que va a conocer los mismos, a quien en definitiva va dirigida la prueba.

A propósito del comentario de las normas y leyes torticeras en materia de competencia probatoria, no podemos dejar de referirnos al contenido de la Ley Orgánico Procesal del Trabajo que en su artículo 71 señala […] *Cuando los medios probatorios ofrecidos por las partes sean insuficientes para formar convicción, el Juez en decisión motivada e inimpugnable, puede ordenar la evacuación de medios probatorios adicionales, que considere convenientes. El auto en que se ordenen estas diligencias fijará el término para cumplirlas y contra él no se oirá recurso alguno."* Observemos de la precitada norma que el juez puede ordenar la evacuación de medios probatorios adicionales cuando se presenten problemas de insuficiencia probatoria, pero estando el proceso laboral dividido en dos grandes momento, uno referido a la sustanciación y medición del proceso donde se ubica una audiencia preliminar a cargo de un juez de Sustanciación, Medicación y Ejecución y el otro, referido a la etapa de juicio a cargo de un juez de Juicio, es a éste último a quien se dirige la prueba, quien va a formar la convicción judicial al ser quien deba sentenciar, de manera que resulta incongruente que en los términos de esta norma el juez de Sustanciación, Mediación y Ejecución, que es el juez competente al momento del ofrecimiento de los medios probatorios –audiencia preliminar- conforme a los términos de la norma, que a su vez no es el juez que se formará la convicción al no ser quien sentenciará, pueda a esa altura del proceso donde no se ha materializado ningún medio probatorio, determinar la insuficiencia de los medios probatorios propuestos por las partes, situación esta de donde podemos apreciar claramente la problemática de la competencia dividida en materia probatoria, especialmente entre quien debe pronunciarse de la admisión de los medios propuestos y quien debe juzgar, que desbordó la preparación y los conocimientos mínimos suficientes de quienes redactaron estos instrumentos legales desde la Sala Social del Tribunal Supremo de Justicia y que generaron este pasquín legal.

En definitiva y sin perjuicio de lo comentado hasta el momento, tomando en consideración la poca preparación de quienes lamentablemente se atrevieron a redactar nuestras leyes de procedimiento, que por demás ni siquiera son especialistas en el área procesal –como ocurrió en materia laboral y de niños y adolescentes con las aventureras leyes que tratan el tema que tienen su origen en la Sala de Casación Social- la idea es que la competencia en materia probatoria esté atribuida a un mismo juez, especialmente respecto al tema de la admisión, recibimiento de evacuación y valoración, aún cuando y respecto al recibimiento de promoción pueda quedar en manos de otro judicante, todo ello sin perjuicio de la anticipación y preconstitución de medios probatorios y fuentes respectivamente, así como del tema de la comisión que siempre debe estar presente y que se erigen como casos de excepción.

1.23. Principio de igualdad probatoria.

Se trata de la aplicación de un derecho constitucional al marco del sistema probatorio, pues partiendo de la premisa que todas las partes son iguales en el proceso, no debiendo existir diferencias o preferencias, en la cuestión probatoria sucede lo propio, teniendo cada uno de los sujetos procesales el derecho a igualdad de armas probatorias, de manera que las pruebas que pueda utilizar uno también sirven al otro, no en el sentido de comunidad de la prueba sino que pueden igualmente ser utilizados por el otro.

Una manifestación de este principio por ejemplo se presenta cuando hay prórrogas o reaperturas del lapso probatorio, incluso la apertura de incidencias probatorias por petición de alguna de las partes, que de ser acordadas operará en beneficio de todos los sujetos procesales, quienes tendrán el derecho de proponer y evacuar todos los medios correspondientes en esas oportunidades.

FÁBREGA nos dice que este principio involucra: a. Que el demandante o demandado –también acusador y acusado agregamos- pueden en idénticas condiciones acompañar documentos fundamentales en la demanda y en la contestación –en el caso venezolano en forma general se permiten tanto al actor como al demandado producir la prueba instrumental fundamental a sus pretensiones o excepciones, junto al libero de la demanda o a la contestación, pero respecto al procedimiento civil escrito, el tema es diferente, pues no existe posibilidad al demandado de aportar la prueba instrumental fundamental a su excepción en la contestación, que aplicando un criterio garantista y en base a este principio, pudiera sostenerse su viabilidad y procedencia-; b. Que el términos probatorio es común para las partes y dentro de él, en igualdad de condiciones, presentar o aducir pruebas en el respectivo término; c. Que los trámites de traslado de pruebas son iguales para las partes, lo mismo que podrán presentar las objeciones que estimen pertinentes; d. Que el procedimiento para la práctica de las prueba es igual y común para las

partes; y e. Que si se apela de la sentencia y una de las partes aduce pruebas, se abrirá en segunda instancia un tiempo probatorio para ambas partes y no solo para quien apeló.[433]

En definitiva la actividad probatoria que comprende la anticipación de medios probatorios, aseguramientos y preconstitución de fuentes, apertura de lapsos probatorios, proposición, contradicción, admisión, recurribilidad a la admisión, evacuación y la bilateralidad o control entre otros actos, son comunes para la partes, sin preferencia ni desigualdades.

1.24. Principio del deber de las partes de colaborar en la actividad probatoria.

Es principio clásico y propio del derecho procesal la lealtad y probidad, que por ejemplo encuentra su basamento en el artículo 17 del Código de Procedimiento Civil, a través del cual el operador de justicia deberá tomar de oficio o a petición de partes, todas las medidas necesarias establecidas en la Ley, tendientes a prevenir y sancionar las faltas de lealtad y probidad en el proceso, las contrarias a la ética profesional, la colusión, y el fraude procesal, o cualquier acto contrario a la majestad a la justicia y al respeto que se deban los litigantes, principio éste que se concatena con los deberes de las partes y de los apoderados a que se refieren los artículos 170 y 171 *ejusdem*.

Partiendo del principio genérico en comento, de colaboración de las partes en el proceso para lograr la Justicia, el mismo tiene su extensión o se ramifica al campo probatorio, donde también las partes tienen un deber de colaboración respecto a los actos probatorios que permitan allegar al proceso aquellas fuentes a través de los medios que permitan verificar los hechos y crear la convicción judicial, lo que se materializa por ejemplo en la no proposición de medios probatorios que sean inútiles o innecesarios, en no interponer la investigación de los hechos y la producción de los medios y fuentes al proceso, en colaborar con las partes y con el judicante en la realización o evacuación de los medios probatorios, como en casos de inspecciones judiciales permitiéndo el acceso a los lugares correspondientes, presentan las cosas, objetos o documentos requeridos –sea para el caso de exhibición o inspección- permitir la realización de actos probatorios en su persona cuando son tema de la prueba, como ocurre cuando se requiera practicarle una prueba hematológica, de ADN, cultivos corporales, experimentos científicos, radiografías, reconocimientos en rueda de individuos, corporales o cualquier otro medio.

En el marco de este principio precisamente la falta de colaboración permitirá aplicar las sanciones correspondientes cuando se atente contra la lealtad, probidad y la respectiva colaboración, sin perjuicio de la obstrucción a la justicia, más y en lo que al tema probatorio respecta e interesa, la conducta negativa, obstruccionista, evasiva, de retardo, hesitativa o cualquier otra que impida la realización de medios

[433] Jorge FÁBREGA. Ob. cit. pp. 115 y ss.

probatorios, generará indicios endoprocesales que podrán ser valorados por el juez en la sentencia y tener como cierto los hechos que se trate, como sucede cuando ante determinadas preguntas que se le formulen a las partes, éstas sin causa justa se niegan a responder o responden en forma evasiva, cuando no prestan la colaboración requerida en casos de reproducciones, reconstrucciones, pericias científicas o para realizar inspecciones judiciales, sea en sus personas, en lugares –no permitiendo el acceso- cosas o documentos en su poder, cuando no exhiben documentos requeridos, incluso cuando el demandado no da contestación a la demanda, lo que y como indicamos genera un indicio extraído de la conducta y se presenta como excepciones al principio *nemo tenetur edere contra se* –nadie puede ser obligado a proporcionar o suministrar prueba en su contra-.

La extracción del indicio señalado en los casos de falta de colaboración podemos observarlos por ejemplo del artículo 122 de la Ley Orgánica Procesal que señala […] *El Juez puede extraer conclusiones en relación con las partes, atendiendo a la conducta que éstas en el proceso, particularmente, cuando se manifieste notoriamente en la falta de cooperación para lograr la finalidad de los medios probatorios o con otras actitudes de obstrucción. Las conclusiones del juez estarán debidamente fundamentadas*."; también y aunque con la confusión entre indicio y presunción el artículo 505 del Código de Procedimiento Civil al indica […] *Si para la realización de inspecciones, reproducciones, reconstrucciones y experiencias fuere menester la colaboración material de una de las partes, y ésta se negare a suministrarla, el Juez le intimará a que la preste. Si a pesar de ello continuare su resistencia, el Juez dispondrá que se deje sin efecto la diligencia, pudiendo interpretar la negativa a colaborar en la prueba, como una confirmación de la exactitud de las afirmaciones de la parte contraria al respecto. Si la prueba debiere realizarse sobre la persona humana, y hubiere negativa injustificada de ésta a colaborar en la prueba, el Juez dispondrá que se deje sin efecto la diligencia, pudiendo sacar de la negativa a colaborar en la prueba, las presunciones que su prudente arbitrio le aconseje."*

También se puede señalar el caso de la falta de colaboración cuando en tratándose de dificultad probatoria, alguna de las partes se encuentra en una situación procesal y probatoria más ventajosa que la parte que tiene la carga, sea por cuestionar de facilidad o disponibilidad que afecta al tema de *onus probandi* y que permite una inversión de la carga en base a principios como el tratado y el de *favor probationis.*

En definitiva es regla probatoria el deber de colaboración de las partes en la actividad procesal y probatoria, son pena de perjuicios en los términos indicados.

CAPITULO VI

CLASIFICACIÓN DE LOS MEDIOS PROBATORIOS

……………………………………………………………………………………………

1. CLASIFICACIÓN DE LOS MEDIOS PROBATORIOS.

La prueba en su noción procesal la hemos considerado como la verificación de los hechos enunciados o afirmados por las partes como fundamento de sus pretensiones o excepciones, que conducen a la convicción o certeza judicial respecto a los mismos, lo que se obtendrá o producirá por comparación que se haga de los precitados enunciados con las fuentes que se incorporen a través de la actividad probatoria de parte u oficiosa, específicamente con los medios probatorios que se propongan y materialicen en autos.

Lo anterior nos permite evidenciar los diferentes aspectos o nociones de la prueba, entendida como fin o resultado, como actividad, como medio, como fuente, como certeza; igualmente nos permite apreciar la diferenciación de conceptos como actividad probatoria, fuentes, convicción judicial y medios, éste último de interés para el presente capítulo pues precisamente las partes o el operador de justicia en el marco del proceso judicial pueden proponer u ordenar respectivamente, los medios probatorios regulados o no en la ley que consideren útiles, relevantes, pertinentes e idóneos para trasladar al proceso las fuentes que en definitiva permitan al judicante el establecimiento de los hechos y la convicción judicial respecto a las afirmaciones o negaciones que se controviertan en el proceso.

Entendiendo que la prueba en su noción procesal y como convicción judicial es una y única, a partir de la cual puede obtenerse la certeza o convicción judicial acerca de algunas de las versiones expuestas por las partes, éstas –versiones o afirmaciones- serán corroboradas, comprobadas y comparadas con las fuentes que se alleguen al proceso, lo que se hará a través de la proposición u

ordenación de diferentes medios probatorios, entendidos como instrumentos, vehículos o herramientas que permiten allegar al proceso las precitadas fuentes para la expresada comprobación; medios que pueden o no estar regulados en la ley y que en el primero de los casos –regulados o tasados- las diferentes leyes de procedimiento generalmente disponen de un plexo de medios que las partes pueden utilizar y que el juzgador puede ordenar, sin perjuicio de la posibilidad de producción de cualquier medio no regulado expresamente y siempre que no se encuentre expresamente prohibido por la ley.

Puesto en este estado el asunto, en el presenta capítulo haremos el análisis de la clasificación de los diferentes medios probatorios que pueden utilizarse en el proceso, lo que en algunos tratadistas y probatoristas enuncian como "clasificación de las pruebas", pero que en realidad se trata de "medios" –como hemos explicado- lo que haremos siguiendo la mejor doctrina procesal y probatoria, luego de lo cual nos remitiremos a los diferentes cuerpos legales que tratan el tema. En este sentido seguiremos el esquema trazado por nuestro antecesor el maestro Humberto BELLO LOZANO[434] y por el maestro colombiano Hernando DEVIS ECHANDÍA.[435]

1.1. Según su objeto.

Dice DEVIS ECHANDÍA que tomando en consideración la *relación de identidad o diversidad que puede existir entre la prueba* –como medio probatorio- y *el hecho a probar* –fuente- los medios probatorios y que algunos autores lo enuncian como "la manera como conducen a la certeza",[436] pueden clasificarse en *directos* o *inmediatos* e *indirectos* o *mediatos,* los primeros que se son aquellas que constituyen el objeto mismo de la verificación, no necesitándose de intermediarios y existiendo la debida identificación por ser el objeto de la prueba el hecho es sí. En estos medios probatorios se permite que el judicante tenga un contacto directo sobre el hecho que ha de acreditarse en el proceso, más aún, con la fuente que servirá para la verificación de las afirmaciones por comparación, de manera que se tiene una percepción directa o inmediata sin intermediarios que de alguna manera puedan modificar el sentido de los percibido, tal es el caso concreto de las inspecciones judiciales realizadas por el mismo judicante que sentenciará la causa, aunque y como decíamos en otro momento, con los avances de la tecnología esa inmediación queda un poco en entredicho cuando por ejemplo se utilizan video conferencias u otros instrumentos como por ejemplo cámaras para que el juez constate hechos con su visión, como en el caso que se trate de un naufragio y a través de las precitadas cámaras el juez pueda verificar el estado del casco del buque.

---

[434] Humberto BELLO LOZANO. Ob. cit. T. I. pp. 67 y ss.
[435] Hernando DEVIS ECHANDÍA. Ob. cit. T. I. pp. 519 y ss.
[436] Heliodoro FIERRO-MENDEZ. La Prueba en el Derecho Penal. Sistema Acusatorio.. p. 65.

Por criterio en contrario las pruebas *indirectas o mediatas* –medios de prueba- se refieren a todos aquellos instrumentos –medios- que permiten al judicante el contactado ya no con la fuente sino con el medio probatorio concreto, vale decir, que mientras en las denominadas pruebas directas el judicante tiene contacto con la fuente probatoria allegada por los medios, en la prueba indirecta no existe tal contacto con la fuente y solo se produce con relación al medio, tal como generalmente sucede en los demás medios probatorios diferentes a la inspección judicial, como la prueba testimonial, de declaración de partes, experticia, documentales en sentido general, juramento, reproducciones, reconstrucciones, pericias científicas, entre otros, donde y como señalamos, el judicante tendrá contacto directo con el medio como será el sujeto u órgano de prueba testigo, parte, los expertos, así como la cosa, el lugar o el documento, pero no con la fuente.

Pero también la noción de prueba –medio probatorio- directa o indirecta puede referirse ya no en consideración la relación de identidad o diversidad que puede existir entre la prueba –medio- y el hecho a probar –fuente- sino en *relación a que el hecho objeto de prueba sea o no el mismo hecho que se quiere probar y que constituye el tema de la prueba, sin exigir que en el primer caso el hecho que prueba sea el mismo hecho percibido por el juez*, en otras palabras, se trata de aquellos casos donde existe identidad entre la fuente que se propone con el medio probatorio y el hecho afirmado o enunciado que es presupuesto de la norma y que quiere acreditarse en el proceso, de manera que si existe tal identidad estaremos en un caso de prueba directa, como en el caso de documentos, testigos, declaración de parte, juramento, experticia, inspecciones, entre otros; por el contrario si no hay tal identidad entre la fuente que se pretende llevar con el medio probatorio propuesto y el hecho que sirve de presupuesto de la norma, estaremos ante una prueba indirecta, como sucede con el indicio que pretende acreditar un hecho desconocido partiendo de una fuente probatoria conocida y acreditada cuya relación es marcada por una presunción sea judicial o legal, así como en los casos de reconstrucciones o reproducciones, donde se busca escenificar un lugar o hecho y reproducirlo eventualmente, para luego desde ahí inferir o deducir otros hechos que servirán para la acreditación de los hechos debatidos que son presupuesto de la norma. En este sentido GOZAÍNI expresa que prueba directa se presenta cuando la prueba tiene por objeto producir afirmaciones susceptibles de ser comparadas directamente con las vertidas en los escritos de alegaciones, que sirven para comprobar directamente los hechos afirmados; siendo indirectas aquellas que son útiles a su vez para extraer nuevas afirmaciones que permitirán fijar por deducción los hechos controvertidos.[437]

CARNELUTTI quien fuera el primero en referirse a esta clasificación indicó, que el conocimiento del hecho por parte del juez no se puede tener sin que el mismo perciba algo con los propios sentidos y para ello, es inevitable el contacto entre el juez y la realidad acerca de la cual debe

---

[437] Osvaldo Alfredo GOZAÍNI. Teoría General del Derecho Procesal. Jurisdicción, acción y proceso. p. 231.

juzgar; que la diferencia entre los tipos de prueba *directos* e *indirectos* estriba en la coincidencia o en la divergencia del hecho a probar –objeto de la prueba- y del hecho percibido por el juez –objeto de la percepción- siendo la prueba *indirecta* aquella donde hay separación entre el objeto de la prueba y el objeto de la percepción, de manera que el hecho sometido a la percepción del juez no sirve sino de medio a su conocimiento.[438]

CHIVENDA nos dice que las pruebas pueden consistir en la observación personal del juez o en las observaciones de otras personas que se las refieran al juez, sin perjuicio que puede tratarse de una operación lógica en virtud de la cual a través de un hecho conocido se llega a un hecho desconocido, de ahí la clasificación –indica- de prueba histórica o directa y lógica o indirecta.[439]

Por su parte ROCCO partiendo de la "función de la prueba" clasifica las mismas en *directas* o *mediatas indirectas* o *inmediatas*, según estén constituidas por el objeto que debe formar la materia del conocimiento o por otro objeto diferente. En el primero de los casos la inspección para dejar constancia del estado físico o psíquico de una persona; en la indirecta cuando tales hechos provienen de la declaración de un testigo o el juicio de un experto.[440]

REDENTI dice que la prueba puede ser *directa* o *indirecta*, distinción que se funda en la individualización –sea empírica o jurídica- de hechos singulares en el continuo devenir del mundo, siendo prueba *directa* cuando de los medios adquiridos para el proceso pueda el juez inferir inmediatamente una convicción acerca de los hechos controvertidos; siendo *indirectos* cuando de los medios adquiridos el juez puede en el primer tiempo inferir solamente una convicción acerca de otros hechos, distintos y diferentes de los cuales, razonando después de ilación, llegue en un segundo tiempo a formarse la convicción acerca de los hechos controvertidos, tal como es el caso de las presunciones –indica-.[441]

LIEBMAN indica que la prueba *directa* tiene por objeto el hecho mismo que debe ser probado, aquel hecho que es inmediatamente relevante para el juicio como es el caso –indica- del cuerpo de la persona accidentada de la que se quiere probar la invalidez para el trabajo; la *indirecta* es en cambio aquella que tiene por objeto un hecho diverso –indicio- del cual puede ser argüido lógicamente el hecho relevante para el juicio, tal como es la presunción sea simple u *hominis* de donde se deduce el hecho probado la verdad del hecho relevante en el proceso.[442]

También en base al "objeto" DEVIS ECHANDÍA incluye las pruebas o medios probatorios *principales* y los *accesorios* o *secundarios*, los primeros que son aquellos que versan directamente sobre los

---

[438] Francesco CARNELUTTI. Ob. cit. pp. 53 y ss.
[439] Guiseppe CHIOVENDA. Ob. cit. T. III. p. 164.
[440] Ugo ROCCO. Ob. cit. V. II. p. 201.
[441] Enrico REDENTI. Ob. cit. T. I. p. 282.
[442] Enrico Tullio LIEBMAN. Manual de Derecho Procesal Civil. Traducción de Santiago Sentís Melendo. Ediciones Jurídicas Europa-América. Buenos Aires, 1980. p. 295.

hechos controvertidos y afirmados en el proceso, que son el presupuesto de las normas jurídicas cuyas consecuencias pretenden las partes en sus respetivos escritos, llevando las fuentes que servirán para la verificación de los mismo por comparación; en tanto que los *accesorios* o *secundarios* tienden a la acreditación de hechos periféricos, que no son presupuestos de de la norma jurídica pero que contribuyen a la fundamentación de los hechos principales, incluso sirven para a partir de ellos, acreditar los mismos -hechos principales-.[443]

1.2. Según su estructura.

En función a la forma como se compone el medio probatorio o a su naturaleza como tal, suelen clasificarse en *personales* y *reales* o *materiales*, las primeras que son aquellas que tienen por objeto o sujetos –órgano- a las personas, como sucede cuando estamos ante la presencia de declaración de testigos o de partes, incluso cuando las partes son objeto de prueba; en tanto que las reales o materiales se refiere a aquellas que tienen por objeto cuestiones reales o materiales, lugares, cosas, documentos, como es el caso de inspecciones judiciales, experticia, reproducciones, reconstrucciones, documentos en general.

Respecto a esta clasificación ROCCO se refiere a pruebas históricas –representativas- personales como el testimonio y la declaración de las partes y las históricas referentes a cosas calificadas también como reales, que se denominan pruebas documentales, que en general abarca cualquier objeto –agregamos capaz de representar o no un hecho distinto a si mismo, donde entran las piezas de convicción- y en específico se refieren a instrumentos –prueba escrita-.[444]

1.3. Según su forma.

Atendiendo a esta clasificación los medios y las fuentes probatorias –pruebas en su noción general- pueden ser *escritas* u *orales*, las primeras que adoptan la modalidad escriturada como ocurre con la mayoría de los medios probatorios en el proceso escrito como los documentos en general que involucran los instrumentos públicos negociales o administrativos y los privados, los dictámenes de los expertos consignados en el expediente, fotografías, planos, calcos, copias entre otros, aún cuando ciertos medios orales luego son vertidos en la forma escrita como sucede en los testimoniales de parte o terceros, la inspección judicial, la reconstrucción y la reproducción por medios mecánicos; las segundas –*orales*- son

---

[443] Hernando DEVIS ECHANDÍA. Ob. cit. T. I. p. 526.
[444] Ugo ROCCO. Ob. cit. V. II. p. 202. Igualmente pueden consultar se Iván ESCOBAR FORNOS. Introducción al Proceso. Editorial Temis. Bogotá, 1990. p. 167.

aquellas donde es la palabra la forma propia y típica como se materializa el medio probatorio que aporta la fuente, siendo este el caso de las declaraciones de las partes o testigos, el dictámenes de experto oral en los procedimiento de este tipo, así como las mismas instrumentales tratadas verbalmente.

Destaquemos que esta clasificación nos parece estéril pues todo dependerá del tipo o sistema de procedimiento que se trate, pues en el sistema escriturado aún los medios probatorios orales al final se convierten y analizan en su forma escrita y en el sistema oral, la forma escrita –instrumentos- necesariamente debe ser tratada verbalmente en la audiencia oral, sin lo cual carecerán de valor probatorio, de lo que podemos inferir que al final se tratará de meras modalidades.

1.4. Según su función.

Los medios probatorios pueden tener como finalidad llevar las fuentes probatorias para reconstruir los hechos pasados y que son afirmados por las partes en el proceso como fundamento de sus pretensiones o excepciones, en tanto que en otras ocasiones esos medios solo sirven para aportar fuentes e inducir de ellas otros hechos que en definitiva son los que sirven para la comparación con las afirmaciones y la convicción judicial. En el primero de los casos estaremos ante las denominadas pruebas *históricas* y *representativas*, que como indica su nombre, sirven para que el juzgador pueda reconstruir los hechos pasados y verificar los afirmados en el presente, fijando así los hechos controvertidos; el segundo de los escenarios se refiere a las pruebas *críticas* o *lógicas* que son aquellas que careciendo de una función representativa que no despiertan en la mente del judicante ninguna imagen distinta a la cosa examinada, le suministran un término de comparación para obtener el resultado probatorio mediante un juicio racional y crítico. Como puede observarse esta clasificación como indican los profesores colombianos BETANCUR JARAMILLO y GARCIA SIERRA, no es más que la división de las pruebas indirectas.[445]

En sentido nos dice ROCCO que esta clasificación obedece al hecho de que los medios probatorios puedan o no ser adecuados para representar el objeto que se quiere conocer, como es el caso de la fotografía como prueba histórica o representativa y la prenda de vestir teñida de sangre, como prueba crítica a partir de la cual puede inferirse que una persona está herida.[446]

DEVIS ECHANDÍA indica que en ocasiones el medio de prueba le suministra el judicante una imagen del hecho a probar, un hecho representativo de otro hecho real acaecido o una experiencia, fijando la prueba históricamente el hecho, describiéndolo tal como ocurrió y que fue percibido por quien

---

[445] Carlos BETANCUR JARAMILLO y Alfonso GARCÍA SIERRA. De la Prueba Judicial. EditorialSeñal Editoria. Medellín, 1998. p. 257.
[446] Ugo ROCCO. Ob. cit. V. II. p. 201.

lo comunica al juez caso éste donde se denomina *histórica* –caso del documento, fotografía, dibujo, plano, calco, testimonio, confesión, dictámenes de expertos-; en tanto que otras veces –sigue señalando- la prueba carece de esa función representativa no despertando en la mente del judicante ninguna imagen diferente a la cosa examinada, pero suministrando un término de comparación para obtener el resultado probatorio mediante el juicio, no tanto para la comprobación cuando para la formación de la imagen del hecho, lo que se denomina *críticas* o *lógicas* como sucede con los indicios, las presunciones –para quienes las consideran medios de prueba- las inspecciones y las llamadas contraseñas, donde el judicante debe hacer un ejercicio intelectivo crítico o dialéctico para deducir un hecho de otro acreditado en autos producto de su raciocinio. Indica que en el caso de la "inspección" siempre se está ante una prueba crítica o lógica, porque la función del judicante es la percepción por los sentidos del hecho por probar o de otro que le sirve de indicio para deducir aquél.[447]

BACRE se refiere al tipo de prueba crítico o lógico como medio de prueba por deducción o inducción, señalando que cuando un relato se torna imposible existe la posibilidad todavía de la reconstrucción del hecho, mediante deducciones lógicas que permiten inferir de los hechos conocidos los hechos desconocidos, lo que se obtiene mediante la labor del judicante por el sistema de las presunciones en el sentido de juicio racional y lógico de ciertas hechos que se conectan con otros y de los cuales pueden deducirse, bien por el aporte de terceros que infieren a través de una determinada ciencia o arte, como sucede con las experticias.[448]

1.5. Según su finalidad.

Ya hemos indicado bastamente que los medios de prueba en el marco del proceso judicial, tienden a llevar al judicante las fuentes que permitan acreditar los hechos afirmados como fundamento de las pretensiones o excepciones mediante un acto lógico y crítico de comparación, lo que en definitiva permitirá la convicción o certeza judicial, vale decir, que los medios que se aporten en cumplimientos de las correspondientes cargas tratarán de acreditar los hechos que son presupuestos de las normas –debidamente afirmados o enunciados- para producir determinadas consecuencias; pero también los medios probatorios pueden tener por objeto aportar las fuentes que permitan verificar las afirmaciones, sino para desvirtuar los hechos enunciados por las partes o las propias fuentes aportadas por el contendor judicial.

[447] Hernando DEVIS ECHANDÍA. Ob. cit. T. I. pp. 527 y ss.
[448] Aldo BACRE. Ob. cit. T. III. pp. 86 y 87.

En el primero de los casos estaremos en presencia de las denominadas pruebas de *cargo*, que son aquellas aportadas por la parte para cumplir con su carga y acreditar los hechos afirmados y controvertidos en el proceso; en tanto que en el segundo de los casos estaremos en presencia de la prueba de *descargo* o *contraprueba*, que se refiere a aquella que tienden a desvirtuar o contrarrestar los efectos de los medios y las fuentes propuestas por la parte contraria.

Por ejemplo en el sistema de procedimiento penal, es el acusador quien tiene sobre él la carga de desvirtuar la presunción de inocencia como estado constitucional de acusado, a través de una mínima actividad probatoria por conducta de la cual produzca en el proceso la prueba que permita acreditar los hechos afirmados en la acusación, esto es, una prueba de *cargo* que demuestren los hechos incriminados, acusados y determinados en el auto de apertura a juicio; por su parte el acusado por medio de su apoderado puede aportar al proceso –no está obligado- la prueba de *descargo* o *contraprueba* que enerve los efectos de la prueba de cargo del acusador.

MIRANDA ESTRAMPES se refiere a la prueba de cargo como aquella que consiste en una prueba de signo incriminatorio o inculpatorio, una prueba de la que pueda inferirse racionalmente la culpabilidad del acusado, su participación en un hecho delictivo y agrega […] *En definitiva, la prueba podrá entenderse de cargo cuando de la misma el órgano jurisdiccional pueda obtener la convicción sobre la participación del acusado en el hecho punible."* Indica que la actividad probatoria mínima a través de una prueba de cargo debe recaer: a. Sobre el conjunto de elementos fácticos u objetivos que integran el delito por el cual se produce la condena y no por un delito distinto, auque se trate de conductas en parte coincidentes y que protejan el mismo bien jurídico; b. Sobre aquellos elementos fácticos sobre los que reposan las circunstancias agravantes; c. Sobre los elementos subjetivo del tipo en cuanto sean determinantes de la culpabilidad; d. Sobre los elementos de la culpabilidad, elementos incriminatorios o inculpatorios, la participación del acusado en el hecho punible.

El precitado autor español también indica que no necesariamente la prueba de *cargo* tenga su contrapartida en la de *descargo* entendida la primera como la demostrativa de los elementos que permitan la convicción que el acusado participó y es culpable del hecho punible, y la segunda –descargo- como la ofrecida por el acusado para desvirtuar la de cargo, pues y como indica también el acusado puede aportar pruebas que lo incriminen –comunidad de la prueba- lo que le permite afirmar que la prueba de cargo es aquella que se produce por una mínima actividad probatoria que permita destruir la presunción de inocencia y de la cual el juzgador pueda extraer la convicción respecto a los elementos que conforman la acusación.[449]

---

[449] Manuel MIRANDA ESTRAMPES. Ob. cit. pp. 176 y ss. Véase igualmente en este sentido a Eduardo M. JAUCHEN. Tratado de la Prueba en Materia Criminal. pp. 43 y ss.

Lo anterior es perfectamente trasladable a los procedimientos diferentes al penal, pues tanto la parte actora como la demandada pueden producir prueba de cargo, cuando se refieran a los medios que permitan llevar al proceso las fuentes que sirvan para verificar los hechos –por comparación- afirmados como fundamento de las pretensiones o excepciones al ser presupuestos de las normas jurídicas que consagran consecuencias constitutivas, extintivas, impeditivas o modificativas; pero también pueden producir pruebas de descargo o contraprueba para atacar las medios y fuentes producidos por su contendor judicial, circunstancia esta que permite afirmar que resulta errado considerar como prueba de cargo la producida por el actor y la de descargo por el demandado, pues y como señalamos, las mismas pueden ser producidas por cualquier de los sujetos procesales y en cualquiera de las posiciones que adopten en el proceso.

También en función a la finalidad de la pruebas la misma puede ser *sustanciales*, *ad solemnitaten* o *ad substantiam actus* y *formales* o *ad probationem*, las primeras que sirven no solo para acreditar o demostrar el hecho que puede ser presupuesto de la norma y producir la consecuencia perseguida, sino que su existencia decretan la existencia del acto mismo, vale decir, que sin el acto sustancial no solo no hay prueba del mismo sino acto jurídico mismo, como sucede con la escrita pública y registrada debidamente en materia de propiedad de inmuebles, constitución de hipoteca o capitulaciones matrimoniales; los segundos - *formales* o *ad probationem*- simplemente cirven para el acreditamiento del hecho, como instrumentos y fuentes probatorias, sin los cuales indistintamente el hecho puede acreditarse por otros medios o fuentes, como es el caso de relaciones contractuales u obligaciones de préstamo por ejemplo.

1.6. Según su resultado.

La finalidad de la prueba en su noción judicial no es otra que la formación de la convicción o certeza judicial, partiendo de la verificación por comparación entre las fuentes y los hechos afirmados, lo que se hará con los medios que se alleguen al proceso, de manera que el judicante sólo podrá dar por verificados los hechos –por actividad probatoria- cuando existen medios propuestos que lleven las fuentes que le permita constatar las afirmaciones y crearse certeza sobre su existencia u ocurrencia.

En este orden de ideas los diferentes medios de prueba en el proceso simplemente buscan crear la convicción judicial, la formación de la prueba en sentido procesal que convenzan o no al judicante respecto a los hechos afirmados, donde éste –juez- puede atenerse a tres escenarios a saber: a. Convicción judicial o prueba sobre la existencia de los hechos afirmados por las partes; b. Convicción judicial o prueba sobre la inexistencia de los hechos afirmados por las pares; y c. Duda respecto a la existencia o inexistencia de los hechos enunciados o afirmados por las partes, bien por ausencia de pruebas o por

insuficiencia de las mismas, casos éstos donde debe acudir al sucedáneo de prueba y en el procedimiento penal, al mantenimiento del estado –presunción- de inocencia cuando no existieron pruebas de cargo o a la aplicación del *in dubio pro reo,* cuando existiera duda respecto al material probatorio aportado.

Estos medios probatorios que permiten la formación de la prueba en su noción procesal pueden tener diferentes "resultados" pues en algunas ocasiones convencerán y en otros no, y especialmente existen medios probatorios que por sí solos pueden producir la certeza como resultado en tanto que en otros casos el medio probatorio por sí solo no es suficiente para tal fin, lo que nos coloca ante las *pruebas plenas, perfectas* o *completas* y las *imperfectas, incompletas* o *semiplenas*, las primera consideradas como aquellas de donde se obtiene con un solo medio o fuente la convicción judicial, sin necesidad de recurrir a otras pruebas, como ocurre con los instrumentos públicos o privados, la experticia entre otros; en tanto que las *pruebas imperfectas, incompletas o semiplenas*, son aquellas que no le dan al juez el convencimiento absoluto del hecho, es decir, que el solo medio de prueba o fuente por sí solo es impotente para formar la convicción completa respecto a alguna afirmación o negación de hecho, debiendo complementarse con otros medios probatorios y fuentes para alcanzar o permitir alcanzar la convicción judicial, como en el caso de los indicios y las testimoniales, los primeros que generalmente debe ser plurales, graves, concurrentes y convergentes y los segundos –testigos- que deben ser corroborados sus dichos con los de otros testigos –si es el caso- o con otros medios probatorios.

FIERRO-MENDEZ se refiere a este tipo de clasificación con la denominación de "división de prueba en base a su capacidad", entendida como la aptitud que debe tener para evidenciar un hecho donde puede asumir una perspectiva de plena, perfecta, completa o semiplena, deficiente o incompleta. Dice que la primera –plena, perfecta, completa- se produce cuando la prueba deja al judicante suficientemente instruido acerca de la verdad o falsedad del hecho controvertido, de manera que podrá dictar sentencia condenatoria o absolutoria, se trata de aquella que conforme a la ley es suficiente para dar por probado un hecho; en tanto que la segunda - semiplena, deficiente o incompleta- se refiere a aquella que no permite por sí sola que el judicante quede suficientemente instruido para los efectos del dictado de la sentencia.[450]

Esta clasificación es criticada por considerarse que se trata de una mera reminiscencia del sistema de valoración tasado de la prueba, que y por lo menos en nuestro sistema de procedimiento se ha visto empujado constitucionalmente a su exterminio como consecuencia de la previsión contenida en el artículo 257 constitucional que obliga a la adopción de sistemas orales cuya característica en cuanto a la valoración de pruebas se refiere, se ubica en la libre convicción razonada. En este sentido el criterio clasificativo en comento parte de la premisa que la prueba será plena o no si por sí misma puede conducir

[450] Heliodoro FIERRO-MENDEZ. Ob. cit. pp. 63 y ss.

a la convicción judicial, lo que no resulta correcto pues en definitiva, o el medio probatorio acreditado o no los hechos afirmados o debatidos, no quedando espacio para considerar que un medio de prueba fue insuficiente para la acreditación del hecho, pues en este escenarios simplemente no puede hablarse de prueba en sentido procesal como resultado positivo de la actividad probatoria acreditativa de los hechos enunciados.

Pero adicional a ello y como indicamos, la clasificación en cuestión es propia de un sistema de valoración de pruebas tarifado que de antemano determina el grado de convicción del judicante, el grado de certeza que debe extraer respecto a las fuentes aportadas por los medios, postura que no encuentra cabida en un Estado constitucional y garantista como lo hemos expuesto al tratar el tema constitucional que afecta al derecho probatorio. Sin perjuicio de ello y como fósiles jurídicos de esta situación nos topamos en el sistema actual de procedimiento con la prueba de instrumentos públicos y privados, la confesión y el juramento decisorio, cuyos grados de convicción judicial se encuentran previamente determinados por el legislador y de los cuales no puede desmarcarse el judicante, salvo y como hemos dicho, aplicando criterios de avanzada como la constitucionalización del derecho de acceso al sistema probatorio y el garantismo, para aplicar un criterio racional, lógico y con bases científicas en la valoración de la prueba.

Sin perjuicio de lo indicado y como expone DEVIS ECHANDÍA existen casos donde el legislador no requiere una prueba plena y formada, una convicción absoluta respecto al hecho que se trate, exigiéndose sólo lo que denomina la doctrina *prueba sumario*, esto es, una prueba sin contradictorio y no formada en consecuencia, que no permite al judicante una convicción absoluta sobre determinado hecho afirmado o negado, como sucede en materia de decretos cautelares basados en meros juicios de probabilidad, verosimilitud, primeras impresiones, presunciones o indicios, que pueden ser revisados posteriormente y hasta revocados por su carácter provisional.[451]

1.7. Según su grado o categoría.

Recordemos que en puntos anteriores hemos analizado la clasificación de los medios de prueba atendiendo a su objeto, donde indicábamos que es este tipo clasificatoria podía hablarse de prueba *directa* o *indirecta*, bien en consideración a la relación de identidad o diversidad que pudiera existir entre la prueba –medio- y el hecho a probar –fuente- bien en consideración a la existe identidad entre la fuente que se propone con el medio probatorio y el hecho afirmado o enunciado que es presupuesto de la norma y que quiere acreditarse en el proceso.

---

[451] Hernando DEVIS ECHANDÍA. Ob. cit. T. I. pp. 531 y ss.

Pero desde la noción del grado o categoría, también podemos hacer una derivación de la prueba directa e indirecta, esta vez como *pruebas primarias o de primer grado* y *pruebas secundarias o de grado posterior*, las primeras entendidas como aquellas que tienen por tema los hechos que se pretenden probar –hechos controvertidos- bien sean directamente o a través de otros hechos; las segundas que son aquellas que tienen por tema otras pruebas, es decir, que con ellas se pretenden probar otras pruebas.

En el primero de los escenarios nos referimos a cualquier medio probatorio que de manera directa, primaria, en primer plano tienda a llevar al proceso la fuente probatoria que sirva de comparación con las afirmaciones y negaciones y consecuencialmente conducir a la convicción judicial; en tanto que las indirectas o en grado secundario solo tiende a demostrar en el proceso la existencia de otro medios probatorio que es en definitiva quien permite llevar la fuente probatoria, como sucede con el testigo de oídas, testimonio de terceros que pretendan demostrar la confesión extrajudicial.

Importa esta clasificación fundamentalmente para la certeza o convicción judicial, pues en la medida de un mayor grado de cercanía entre el hecho afirmado por las partes como fundamento de pretensiones o excepciones y las fuentes probatorias aportadas por los medios, permitirá al judicante hacerse un mejor criterio al momento de establecer o fijar la cuestión fáctica; por criterio en contrario, ante un mayor alejamiento la prueba no se formará en sentido procesal, pues el judicante deberá ser mas celoso respecto a la fundamentación de la sentencia en la construcción de la cuestión fáctica partiendo de este tipo de pruebas secundarias.

También podemos referirnos a *pruebas principales* o de *primer grado* y *secundarias* o *segundo grado*, cuando en la legislación se impone que ante la falta de un medio probatorio principal, excepcionalmente puede acudirse a uno secundario, como por ejemplo sucede en materia de desconocimiento de instrumentos privados, donde y ante la falta de documentos indubitados para hacer el cotejo o experticia grafotécnica, subsidiariamente podrá acudirse a la prueba testimonial, caso éste que como indicamos permite realizar este tipo de clasificación que estudiamos; también podemos verlo cuando el legislador exige un medio de prueba documental, pero ante determinados casos excepcionales donde exista imposibilidad material o moral de obtenerlo, se haya perdido el título que servía de prueba por caso fortuito o fuerza mayor o cuando sea imposible obtenerlo, como sucede en materia de hechos ilícitos, donde se permitirá excepcionalmente la prueba testimonial –artículo 1393 Código Civil-.

1.8. Según los sujetos proponentes del medio probatorio.

En el marco del proceso judicial como lo hemos sostenido en otro momento, la cuestión probática antes del proceso y heurística de búsqueda de los hechos y las fuentes, es tema que compete a las partes y de

las cuales es ajeno el judicante, pues este no es un investigador sino un verificador de los hechos afirmados por las partes como fundamento de sus pretensiones.

En este sentido son las partes las que deben iniciar el proceso conforme al principio dispositivo y el adagio *nemo iudex sine actori* –ello sin perjuicio del retroceso que presentamos en materia contencioso administrativo, donde el artículo 30 de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contenciosos Administrativa permite el inicio del proceso sin acción y de oficio por el judicante- son las partes quienes deben afirmar o negar los hechos institucionales que son presupuesto de las normas que contienen las consecuencia que pretenden, ello como fundamento de sus pretensiones o excepciones y quienes además tienen la carga probatoria, debiendo desplegar su actividad probatoria para aportar los medios que lleven al proceso las fuentes que sirvan para el establecimiento de los hechos por comparación con la afirmaciones y en definitiva conducir a la certeza o convicción judicial. Lo dicho nos permite afirmar que la actividad probatoria especialmente recae en las partes, aunque el juez generalmente está dotado de actividades probatorias oficiosas que no suplan la actividad de partes, referidas exclusivamente al ordenamiento de medios probatorios para allegar fuentes, más no a la búsqueda de las fuentes que es *sache des parteis*.

En este estado del asunto y dependiendo del sujeto a quien corresponda la producción del medio probatorio, podemos presentar la clasificación de pruebas –medios- de *parte*, de *terceros* y de *oficio*, la primera que como indicamos se ubica en la carga probatoria que corresponde a los sujetos principales del proceso, la segunda cuando es el judicante quien ordena de oficio medios probatorios y la última, cuando los terceros que sean admitidos en el proceso produzcan medios probatorios para demostrar sus extremos de hecho afirmados y eventualmente controvertidos.

1.9. Según la oportunidad o momento en que se producen.

El principio rector en materia probatoria precisamente es la aportación o proposición de los medios de prueba y su evacuación durante las etapas que corresponda dentro del proceso judicial, especialmente en el sistema de procedimiento oral, donde la prueba en sentido procesal debe formarse en el proceso con presencia –inmediación- del judicante, con contradicción y concentración, producto de los actos procesales probatorios como la precitada proposición, oportunidad de oposición a la admisión, providenciación y materialización; pero si bien esta es la regla general se presentan casos excepcionales donde por determinados motivos que puedan conducir a que la fuente probatoria pueda desaparecer o modificarse, tal como ocurre por el transcurso del tiempo, por acción u omisión de los sujetos o cualquier otra circunstancia, los medios pueden ser anticipados y eventualmente pueden preconstituirse fuentes probatorias que tienden a resguardar la misma.

Lo dicho precisamente nos coloca en la clasificación que abordamos, donde las pruebas –medios probatorios- pueden ser *judiciales* o *procesales* y *extrajudiciales* o *extraprocesales*, los primeros que y como indicamos, son aquellos propuestos y evacuados en el proceso judicial en el momento y la oportunidad que corresponda, trátese de procedimientos orales o escritos, este último caso por antonomasia en la audiencia oral, pública, de juicio o probatoria; en tanto que los medios de prueba *extrajudiciales* o *extraprocesales*, se refieren a aquellas generalmente practicadas o aducidas fuera de un proceso judicial, realizados por las partes generalmente sin la intervención del órgano jurisdiccional para dejar constancia de determinados hechos que puedan ser controvertidos en el futuro y que la preconstitución de medios puedan ser verificados, como la redacción de documentos, reconocimientos o inspecciones realizados por notarios, testimoniales ante notarias, incluso cualquier medio probatorio con presencia de las partes y sus apoderados previamente participado al tribunal competente, como ocurren en materia marítima conforme al artículo 20 de la Ley del Procedimiento Marítimo.

Es importante destacar que dentro de la clasificación de pruebas –medios- *judiciales*, perfectamente cabe el tema de la anticipación de medios probatorios cuando excepcionalmente se dan los presupuestos establecidos en la ley, los cuales perfectamente pueden servir para verificar por comparación los hechos y formar la convicción judicial; pero respecto a la preconstitución y aseguramiento de fuentes probatorias, si nos ubicamos en el sistema de procedimiento penal y tal como lo analizáramos al momento de tratar el tema constitucional del derecho probatorio, considerando que existen autores que niegan la posibilidad de preconstitución en sede penal, en definitiva la preconstitución no se trata de pruebas sino de actos de investigación que tiende a obtener y resguardar la fuente probatoria, que sin perjuicio que para su realización se usen medios probatorios y que los mismos son materializados no deben confundirse con la *anticipación* de medios probatorios que servirán como actos de prueba y no de investigación, donde no se requiere de la presencia del imputado o acusado, ni la intervención del órgano jurisdiccional, pues son realizadas por el Ministerio Público y los órganos de policía de investigación, debiendo ser tratados en la audiencia oral para poder formarse como prueba; tampoco podemos entrar en confusionismo respecto al *aseguramiento*, aunque la preconstitución sirve para ello, vale decir, para el resguardo de las fuentes –sin evacuación o materialización- que servirán para acreditar los hechos afirmados en la acusación o defensa, mediante la comparación que haga el judicante que le permitirá llegar en consecuencia a la convicción o certeza judicial.

En el marco del sistema de procedimiento civil en general, si puede hablarse perfectamente de preconstitución de fuentes probatorios, lo que generalmente se produce cuando se suscriben contratos o convenciones y donde las partes, en vista de una eventualidad o controversia dejan por escrito los términos en que se obligan, lo que perfectamente puede ser utilizado como fuente extraprocesal –prueba

extraprocesal- para llegar a la convicción judicial luego de la realización de la actividad probatoria; otro caso que pudiéramos ubicar dentro de las pruebas preconstituidas o extrajudiciales, son los justificativos de testigo o para perpetua memoria en materia interdictal por ejemplo, que sirven para fundamentar la querella y peticionar medidas.

GOZAÍNI al tratar esta modalidad clasificatoria nos indica, que las pruebas pueden ser constituidas en el proceso o anteriores –preconstituidas- ello según la manera como resulte el ofrecimiento, donde la prueba puede ser previamente formada y por ser anterior al proceso, habiéndose logrado con ocasión del hecho mismo en debate –documental- estaremos en presencia de prueba preconstituida; en tanto que la misma –prueba- puede ser causa del litigio, en cuyo caso su origen y constitución es producto del interés de las partes y de la orden judicial de proveimiento, como sucede con la prueba pericial.[452]

También ESCOVAR FORNOS quien hace la clasificación en preconstituidas y simples, según se caractericen porque existan o no con anterioridad al juicio, siendo las primeras aquellas realizadas antes del proceso y las segundas, la realizadas en el marco del proceso judicial.[453]

CHIOVENDA citando a BENTHAM señala que las pruebas suelen clasificarse en preconstituidas, al existir con anterioridad a la necesidad de probar en juicio, siendo preparadas con vista a que surja tal necesidad; y las simples que son realizadas en el proceso.[454]

Y BENTHAM subraya que la prueba de que se trate puede haber sido producida por ocasión de la causa pendiente, o anterior a ésta causa e independiente de ella, sin intención de que sirviese para aquella prueba, lo que clasifica en pruebas por deposición y pruebas por documento.[455]

Terminando este apartado indicaremos también, que puede tratarse de un medio probatorio que se anticipe con intervención de un juez aunque no sea el competente para la reclamación judicial futura, caso en el cual y como consecuencia de la intervención del órgano jurisdiccional así sea en sede de procedimientos no contenciosos, estaremos en presencia de una prueba –medio- judicial, anotación ésta que nos permite observar con mayor claridad que los actos de investigación por ejemplo en materia penal, sin la intervención del judicante no puede considerarse como acto de prueba, aún cuando se utilicen los medios probatorios regulados en la ley para la preconstitución o aseguramiento, lo que para nada permite mutar el carácter del acto extrajudicial.

1.10. Según su contradicción:

[452] Osvaldo Alfredo GOZAÍNI. Ob. cit. p. 232.
[453] Ivan ESCOVAR FORNOS. Ob. cit. p. 167.
[454] Guisseppe CHOVENDA. Ob. cit. T. III. P. 164
[455] Jeremías BENTHAM. Ob. cit. T. I. p. 16.

El proceso judicial cuando es controvertido se identifica por su contenido adversarial, no solo respecto al tema de los argumento de hecho y de derecho, sino especialmente en relación al tema probatorio, donde la prueba procesal solo será aquella formada en el proceso –con la excepción de la anticipación ya vista- producto del cumplimiento de la carga probatoria de las partes donde realicen toda la actividad probatoria pertinente para allegar al proceso las fuentes probatorias, que en definitiva servirán para la fijación de los hechos por comparación. Sólo la prueba que ha podido ser adversada, tratada en bilateralidad y contradictorio, aunque no haya sido rebatida o controlada por su contendor, será la que tenga la capacidad de servir para la convicción judicial, para el establecimiento de los hechos en aquellos casos que no se trate de fijación por eximente de pruebas, por máximas de experiencia o sucedáneo de pruebas.

Lo dicho nos permite afirmar que en los casos de bilateralidad contradictorio del medio probatorio y su fuente, concretamente, cuando se permite la oportunidad de adversariar el medio y la fuente, estaremos en presencia de pruebas –medios- *controvertidas*; en tanto que si no existe tal posibilidad por haberse realizado sin la presencia del contendor o eventual contendor judicial, sin permitirle tener el tiempo útil para adversariar la prueba, estaremos en presencia de las denominadas pruebas –medios- *sumarias*, que generalmente son aquellas extraprocesales donde no existen partes opuestas, como en el justificativo de testigos, inspecciones extrajudiciales de jueces o reconocimientos de notarios, entre otros casos.

Ya en otro momento hemos indicado que esta prueba sumarial si bien no sirve para fundamentar la sentencia por irrespetar el derecho de contradicción y eventualmente de inmediación, perfectamente sirve para fundamentar solicitudes de medidas cautelares, para peticiones interdictales como amparo a la posesión o restitución de la bien despojado, incluso para la medida de secuestro, también en materia de interdicción, en materia de derecho de autor cuando se pide la inspección judicial y experticia y en base a sus resultas puede decretarse una medida de secuestro –artículo 111 de la Ley Sobre Derechos de Autor.

El profesor colomabiano Hernán Fabio LÓPEZ BLANCO nos dice que la *prueba sumaria* es aquella que lleva al judicante a la certeza del hecho que se quiere establecer, en idénticas condiciones de las que genera la prueba plena, pero que a diferencia de ésta, no ha sido sometida al requisito de la contradicción de la parte contra quien se hace valer; que se debe desterrarse la idea que la prueba sumaria es la deficiente, la incompleta, un principio de prueba, aquella que apenas insinúa la existencia de un hecho, pues la misma convence con características idénticas a la plena prueba, la certeza que ella lleva al entendimiento del fallador es completa y respecto a su eficacia, en consideración a la prueba plena no

tiene diferencia alguna, siendo que como único elemento diferenciador se presenta la falta de contradicción.[456]

1.11. Según su utilidad.

Como analizamos al tratar el tema de la prueba, en línea general son los hechos afirmados o enunciados por las partes y que son presupuesto de las normas contentivas de las consecuencias que pretenden, lo que ha de demostrarse en el proceso, afirmaciones de hecho que deben ser controvertidos por las partes y que deberán acreditarse con las fuentes que se incorporen con los medios, debiendo ser tanto las fuentes como los medios idóneos, lícitos, útiles y pertinentes.

De esta manera y atención a la utilidad del medio probatorio y de la fuente, las pruebas –en su noción general- pueden escindirse *legales*, que son aquellas no prohibidas por la ley, estén o no reguladas pues recordemos la existencia del principio de libertad probatoria; *conducentes*, que son aquellas idóneas para poder acreditar la fuente probatoria; *pertinentes*, que son aquellas que recaen sobre hechos afirmados o negados en las pretensiones o excepciones litigiosas –controvertidos-; y *relevantes*, que son aquellas que ayudan a la solución de la causa.

Por criterio en contrario y lo que marca la inadmisión y eventualmente el desecho del medio probatorio y la fuente, tenemos que la prueba puede ser *ilegal*, *inconducente* o *inidónea*, *impertinente* o *irrelevante*.

1.12. Según con sus relaciones con otras pruebas.

Atendiendo a si la prueba –medio- puede estar relacionado o no con otra y en base a ello servir para la convicción judicial, tenemos p*ruebas simples*, que son aquellas donde un solo medio basta para llevarle al juez la convicción sobre el hecho afirmado o negado por demostrar; *pruebas compuestas o complejas*, que son aquellas donde la convicción del juez se obtiene de varios medios de prueba –concurrencia de varios medios probatorios- esta última que a su vez puede clasificarse en *pruebas concurrentes o concursales* –concurso de pruebas- cuando existen diferentes medios de prueba que sirven para producir la convicción del juez en un mismo sentido, es decir, que varios medios probatorios tienen como objeto aportar una misma fuente probatoria y crear la convicción judicial respecto a un solo hecho afirmado o negado, como cuando se promueve la prueba de informes y la inspección judicial sobre un mismo objeto; y *pruebas contrapuestas*, que son aquellas que se presentan cuando varios medios están en contraposición, porque unos sirven

[456] Hernán Fabio LÓPEZ BLANCO. Ob. cit. T. III. p. 71.

para una conclusión y otros para la contraria, tal como pudiera ser el caso de indicios no concurrentes o no convergentes.

Respecto al **concurso de pruebas** nos dice ROCCO que los hechos jurídicos deben ser probados por las partes, pero las normas procesales no establecen con criterios restrictivos que para hecho juridico se tenga que recurrir a una sola y única prueba. Por el contrario, hay la posibilidad que respeto a un solo hecho jurídico pueda suministrarse mas de una prueba –medio probatorio- incluso del mismo género –varios testigos o varios documentos- o de distinto género -documentos y testigos- de ahí que cuando para demostrar uno o más hechos jurídicos se haga uso del mismo o de distintos géneros de prueba, se estará en presencia de la *concurrencia* o *concurso de pruebas*.[457]

1.13. Según su licitud o ilicitud.

El tema de la ilegalidad de la prueba en sentido general, se ubica en el artículo 49 constitucional, donde y como hemos visto se trata tanto el tema de la prueba –medio y fuente- *ilegal* por lesiva de la ley y especialmente del debido proceso probatorio, como de la prueba ilícita como donde en su forma de obtención o producción se vulneran derechos constitucionales o fundamentales. De esta manera y en un tratamiento general del asunto, los medios probatorios pueden clasificarse en *lícitos*, que son aquellas autorizados por la ley, simplemente no prohibidas por la ley o las que considere el juez moral y jurídicamente utilizables, que además no violen alguna prohibición legal, expresa o tácita referente al medio mismo, al procedimiento para obtenerlo o al hecho particular investigado; e *ilícitos*, que son aquellos expresa o tácitamente prohibidas por la ley, que atenten contra la moral o buena costumbre, del respectivo medio social o contra la dignidad y libertad de la persona humana, o que violen sus derechos fundamentales que la Constitución prevé.

1.14. Según su valoración.

Siguiendo a ROCCO las pruebas en sentido procesal pueden distinguirse según su valoración en *libres*, que son aquellas valoradas libremente por el juez, conforme a las reglas de la libre convicción razonada o sana crítica, mediante la aplicación de criterios de la lógica, del correcto entendimiento humano, de la experiencia y los criterios científicos, a través de una debida motivación ausente de arbitrariedad,

---

[457] Ugo ROCCO. Ob. cit. V. II. p. 204.

ilogicidad, irracionalidad e irrazonabilidad; y *legales*, que son aquellas que solo pueden valorarse atendiendo a las normas establecidas al efecto por la ley –tarifa legal-.[458]

1.15. Según su regulación en la ley.

Atendiendo a si en la ley existe un plexo de medios que las partes y el judicante pueden utilizar, encontramos que los medios de prueba pueden clasificarse en *legales* o *nominados*, que son aquellos donde de manera cerrada el legislador establece cuáles son los medios probatorios que pueden utilizarse en el proceso; y *libres* o *innominadas*, que son aquellas donde se permite en el marco del proceso, por no prohibición o por permisología expresa la utilización de cualquier medio probatorio que no esté expresamente prohibido o excluido por la ley.

Destaquemos que existen sistemas donde la regulación de los medios de prueba son una lista cerrada fuera de los cuales las partes no pueden desplegar su actividad probatoria, en tanto que en otros casos exista la apertura a la utilización de cualquier medio probatorio. En nuestro sistema coexisten desde el Código de Procedimiento Civil de 1987, los dos sistemas probatorios.

En la legislación comparada por ejemplo en el artículo 175 del Código de Procedimiento Civil colombiano, podemos observar esta coexistencia, señalando la norma que […] *Sirven como medios de pruebas, la declaración de parte, el juramento, el testimonio de terceros, el dictamen pericial, la inspección judicial, los documentos, los indicios y cualquiera otros medios que sean útiles para la formación del convencimiento del juez. El juez practicará las pruebas no previstas en este código de acuerdo con las disposiciones que regulen los medios semejantes o según su producente juicio.*" Por su parte, la Ley de Enjuiciamiento Civil Española 1/2000 en su artículo 299 regula los diversos medios de prueba que pueden ser utilizados en el proceso, señalando […] *1. Los medios de prueba de que se podrá hacer uso en juicio son: 1°. Interrogatorio de las partes. 2° Documentos públicos. 3° Documentos privados. 4° Dictamen de peritos. 5° Reconocimiento judicial. 6° Interrogatorio de testigos. 2. También se admitirán, conforme a lo dispuesto en esta Ley, los medios de reproducción de la palabra, el sonido y la imagen, así como los instrumentos que permiten archivar y conocer o reproducir palabras, datos, cifras y operaciones matemáticas llevadas a cabo con fines contables o de otra clase, relevantes para el proceso. 3. Cuando por cualquier medio no expresamente previsto en los apartados anteriores de este artículo pudiera obtenerse certeza sobre hechos relevantes, el tribunal, a instancia de parte, los admitirá como prueba, adoptando las medidas que en cada caso resulten necesarias.*"

En nuestro sistema de procedimientos la posibilidad de la libertad probatoria con sus matizaciones por ejemplo se ubica en los artículos 395 del Código de Procedimiento Civil, 182 del Código Orgánico Procesal Penal, 70 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, 450k de la Ley Orgánica para la

---

[458] Ugo ROCCO. Ob. cit. V. II. pp. 203 y ss.

Protección del Niño, Niña y Adolescente, 19 de la Ley del Procedimiento Marítimo, 269 del Código Orgánico Tributario, artículo 80 de la Ley Orgánica Sobre el Derecho de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia.

2. REGULACIÓN DE LOS DIFERENTES MEDIOS PROBATORIOS EN NUESTRA LEGISLACIÓN PROCESAL.

En el proceso judicial las partes para demostrarle al juez la existencia o inexistencia de las afirmaciones o negaciones de hecho en que fundamenten sus pretensiones o excepciones, para llevarle al judicante la demostración de los hechos controvertidos y conducirlo a la convicción judicial, en cumplimiento de su *onus probandi* pueden hacer uso de los diferentes medios probatorios consagrados bien el Código Civil, en el Código de Procedimiento Civil o en otras leyes de la República, a cuyo efecto y para que el lector tenga una noción general de los medios regulados en las diferentes leyes de procedimiento, sin perjuicio de la existencia del principio de libertad probatoria que permitirá la utilización de cualquier medio según la imaginación de cada quien, pasaremos a ver el contenido de ellas.

2.1. Medios de prueba regulados en el Código Civil.

El Código Civil venezolano regula los siguientes medios probatorios:

a. Instrumentos públicos a que se refiere el artículo 1357.
b. Instrumentos privados a que se refiere el artículo 1.363.
c. Cartas misivas a que se refiere el artículo 1.371.
d. Telegrama a que se refiere el artículo 1.375.
e. Libro de comerciantes a que se refiere el artículo 1.377.
f. Registros y papeles domésticos a que se refiere el artículo 1.378.
g. Notas marginales a que se refiere el artículo 1.379.
h. Las tarjas a que se refiere en artículo 1.383.
i. Copias de instrumentos auténticos a que se refiere el artículo 1.384.
j. Confrontación o comparación a que se refiere el artículo 1.385.
k. Prueba testimonial a que se refiere el artículo 1.387.
l. Presunciones –indicios- a que se refiere el artículo 1.394.
m. Confesión a que se refiere el artículo 1.400.
n. Juramento decisorio a que se refiere el artículo 1.406.

o. Juramento deferido de oficio a que se refiere el artículo 1.419.
p. Experticia a que se refiere el artículo 1.422.
q. Inspección ocular a que se refiere el artículo 1.428.
r. Actas de estado civil a que se refiere el artículo 457.
s. Partidas eclesiásticas y las pruebas supletorias de las partidas del estado civil a que se refiere el artículo 458.
t. Exámenes y experticias hematológicas y heredo biológicas a que se refiere el artículo 210.
u. Planos de los contratos de obra a que se refiere el artículo 1.638.

2.2. Medios de prueba regulados en el Código de Procedimiento Civil.

Este instrumento procesal regula:

a. Interrogatorio libre y sin juramento a que se refiere el artículo 401.
b. Confesión provocada o posiciones juradas a que se refiere el artículo 403.
c. Juramento decisorio a que se refiere el artículo 420.
d. Fotocopias, artículo 429.
e. Cartas y telegramas, artículo 430.
f. Instrumentos emanados de terceros, artículo 431.
g. Publicaciones en periódicos y gacetas, artículo 432.
h. Prueba de informes o informática a que se refiere el artículo 433.
i. Instrumentos públicos fundamentales, artículos 340.6 y 434.
j. Instrumentos públicos, artículo 435.
k. Mecánica de exhibición de documentos a que se refiere el artículo 436 –aún cuando esto no se refiere a un medio probatorio sino a la forma de traer al proceso un medio probatorio documental-.
l. Experticia a que se refiere el artículo 451.
m. Inspección a que se refiere el artículo 472.
n. Prueba testimonial a que se refiere el artículo 477.
o. Reproducciones y copias a que se refiere el artículo 502.
p. Reconstrucciones a que se refiere el artículo 503.
q. Prueba de experimentos a que se refiere el artículo 504.
r. Indicios a que se refiere el artículo 510.

2.3. Medios de prueba regulados en el Código de Comercio.

En materia mercantil los medios de prueba se encuentran señalados en el artículo 124 del Código de Comercio y son los siguientes:

a. Instrumentos públicos.
b. Instrumentos privados.
c. Extractos de libros de los corredores firmados por las partes, en la forma prescrita en el artículo 73.
d. Los libros de los corredores, según lo establecido en el artículo 72.
e. Facturas aceptadas.
f. Libros mercantiles de las partes contratantes, según lo establecido en el artículo 38.
g. Telegramas a que se refiere el artículo 1.375 del Código Civil.
h. Declaraciones de testigos.

También tenemos como medios probatorios los siguientes:

a. Libros auxiliares de contabilidad, artículo 39.
b. Exhibición de los libros de comercio, artículos 42 y 43.
c. Juramento deferido a la otra parte, artículo 43.
d. Lista de cotizaciones de la Bolsa de la localidad para determinar el curso del cambio, o el justo precio o el precio corriente de las mercancías, seguros, fletes y transportes por tierra y por agua, primas de seguros, efectos públicos y de los títulos industriales, artículo 118.
e. Telegramas, artículo 125.
f. Contratos escritos, artículo 126.
g. Carta de porte en los contratos de transporte, artículos 156 y 157.
h. Experticia, artículo 1105.
i. Posiciones juradas a los factores y representantes legítimos de las compañías sobre hechos de los cuales tengan conocimiento personal, 1.115.

2.4. Medios de prueba regulados en el Código Orgánico Procesal Penal.

En este punto comenzaremos señalando que nuestro legislador al regular el tema del sistema de procedimiento penal y especialmente al tratar el tema de los actos de investigación y de prueba, incurre en un lamentable confusionismo al tratar por igual ambas instituciones, pues precisamente el Título VI

denominado "RÉGIMEN PROBATORIO" más que a actos de prueba se refiere a actos de investigación, incluso, éstos últimos se realizan a través de actos probatorios pero en forma alguna pueden considerarse como actos de prueba capaces de formar la convicción o certeza judicial, generando en el ánimo del judicante un resultado capaz de destruir la presunción de inocencia mediante una prueba de cargo en cabeza del acusador.

En este orden de ideas ya hemos anotado ampliamente, que los actos de investigación son aquellos realizados por el Ministerio Público y por los órganos de policía de investigación en la fase preparatoria, que tienden a la averiguación integral de la comisión de un hecho delictivo, sus eventuales elementos atenuantes o agravantes, la identificación de sus autores y recolección de "fuentes" con vocación probatoria, con la finalidad preparar eventualmente el juicio oral y público –decimos eventualmente pues no ncesariamente el acto conclusivo es la acusación- sirviendo para fundamentar la acusación y para la defensa. Los actos de investigación –como indicamos- son preprocesales, preparatorios de un eventual proceso oral, público y contradictorio, en cabeza esencialmente del Ministerio Público y donde el órgano jurisdiccional sólo actúa como contralor y velador del cumplimiento de los derechos constitucionales, donde se ubican dos actividades esenciales como la heurística de los hechos a través de la probática y la obtención y aseguramiento de "fuentes" probatorias, pero que no pueden ser considerados como actos de prueba, como "prueba" que sirva para la convicción judicial por verificación a través de comparación, pues incumplen con principios esenciales que gobiernan la "prueba" judicial como la contradicción en audiencia pública y oral, así como la inmediación con el juez que ha de sentenciar, salvo el caso de la anticipación de "medios" lo que no se presenta ni con el aseguramiento de fuentes ni con su preconstitución, como actos preprocesales y de investigación.

De esta manera reiteremos que los actos de investigación no son actos de prueba, pues en el marco de nuestro actual Código Orgánico Procesal Penal, solo pueden considerarse como prueba de cargo capaz de destruir la presunción de inocencia a través de una mínima actividad probatoria, aquella formada en el proceso judicial, la realizada en la audiencia oral pública y probatoria con contradicción, inmediación, publicidad, concentración e imparcialidad ante el juez que ha de dictar la sentencia, tal como lo regulan los artículos 14, 15, 16, 17, 18 y 22 del precitado Código, salvo el caso de la anticipación de los "medios" probatorios en los términos y conforme al procedimiento y requisitos previstos en el artículo 289.

No obstante a lo indicado el propio Código Orgánico Procesal Penal en su Título VI y bajo la denominación de "Régimen Probatorio" como indicamos, regula temas relacionados con la prueba, más concretamente las Secciones que van de la Primera a la Sexta, ubicadas en el Capítulo II del precitado Título VI, se denominan "De los Requisitos de la Actividad Probatoria", de manera que la realización de

los actos de investigación se hacen con el ropaje de actos y medios probatorios, lo que para nada hace mutar su naturaleza extrajudicial, metajurídica y de acto de investigación incapaz e impotente para servir de prueba de cargo para destruir la presunción de inocencia y servir como elemento de convicción o certeza judicial, vale decir, que no pueden ser considerados como actos de prueba, especialmente cuando dichos actos de investigación realizados en la fase preparatoria del proceso, existe cierta elasticidad o permisología de desatención a ciertas garantías o derechos constitucionales de aplicación procesal, especialmente en materia probatoria como la no intervención del imputado o acusado en esta fase, pues recordemos que el propio legislador permite la realización de dichos actos sin ni siquiera existir un imputado formal, tal como lo norma el artículo 289 *ejusdem*, que crea una especie de ficción legal que y solo en apariencia, garantiza derechos constitucionales a través de la citación de un defensor público que en teoría garantizará los derechos del imputado no individualizado, ello con motivo a la anticipación de pruebas que y bajo este supuesto comentado, no obstante la mampara legal de preverse la garantía de os derechos, en definitiva se trata de un mero acto de investigación improductor de eficacia probatoria y de servir como prueba de cargo.

Pero otro aspecto esencial para entender que todo lo realizados en la fase preparatoria del proceso, más concretamente antes de la acusación, se refiere a actos de investigación aunque se realicen o ejecuten con el ropaje de medios probatorios, es que hasta tanto se produzcan una acusación formal como acto conclusivo, no existirá una afirmación o enunciados de hechos institucionales que sean presupuesto de las normas jurídicas punitivas que consagran la consecuencia perseguida, esto es, la sanción del delito cometido por un determinado sujeto, de manera que hasta tanto el ente acusador no formule su acto formal en cuestión, simplemente estaremos en presencia de hechos brutos, fuentes probatorias preservadas, preconstituidas, aseguradas, medios probatorios anticipados, en general, actos de investigación pero que no pueden considerarse como de prueba, especialmente cuando no existe –insistimos- la afirmación de los hechos institucionales en el acto procesal correspondiente –acusación- que marcará –de ser admitida total o parcialmente la acusación- la actividad probatoria en cabeza del acusador, quien asume la carga de la prueba de los mismos para destruir el estado de inocencia a través de esa prueba de cargo que se forme en el proceso, en la audiencia oral con inmediación y bilateralidad o contradicción.

De esta manera y aun cuando nuestro legislador invite al confusionismo, debemos tener claro que una cosa son los actos de investigación y otros los de prueba; que los primeros son actos preprocesales incapaces de conducir a la certeza judicial como prueba de cargo que destruya el estado de inocencia, en tanto que los actos de prueba y la prueba en sentido procesal, necesariamente será aquella formada en la audiencia oral con garantía de todos los elementos propios del sistema oral –principios- de

manera que los actos realizados en fase preparatoria –con sus excepciones como la anticipación de medios- aún cuando lo fuesen como medios probatorios, como la declaración de testigos –sean presenciales, mencionados, de oídas o referencia, agente encubierto, arrepentido delatante, de identidad reservada o sin rostro, técnico o calificado presencial o de opinión, declaración de funcionarios policiales, víctima, entre otros- entrada y registro en lugares cerrados y públicos, vehículos, personas, intervención y observación de comunicaciones y correspondencias, declaración del imputado, pericia o experticia tradicional y científica, actos que tienen como tema u objeto al imputado, como son el reconocimiento –de la víctima, del testigo, en rueda de individuos, de voces y sonidos, fotográfico, por medios técnicos, incluso reconocimiento de objetos- intervenciones e inspecciones corporales, inspecciones oculares, reconstrucción de hechos, indicios –de capacidad para realizar el evento, de participación, motivo o móvil, de actitud o sospecha, de mala justificación, de preparación o planificación –premeditación- entre otros- medios electrónicos, levantamiento de cadáveres, autopsia, exhumación, entre otros, los mismos no mutan a la condición de prueba, mucho menos de cargo en los términos señalados.

Lo señalado nos invita a insistir que y aun cuando se realicen a través de medios probatorios y se ubiquen en el Título referido al Régimen Probatorios, todos los actos realizados en fase de investigación, salvo que los medios se anticipen en los términos del artículo 289 del Código Orgánico Procesal, siempre y que se haya presentado la acusación, estaremos en presencia de actos de investigación que esencialmente tienen por finalidad la individualización del presunto delincuente, sustentar la petición de medidas cautelares, así como actos conclusiones y especialmente la acusación, y en cuanto al tema que nos importa, servir la obtención de fuentes probatorias, que no siendo prueba, que siendo impotentes e incapaces de servir en el proceso para la convicción judicial, por su vocación probatoria y previa su judicialización –formación y tratamiento en audiencia pública, oral y contradictoria- eventualmente podrán servir para el fin de la convicción judicial, como prueba de cargo de los hechos en que se base la acusación, siempre que hubiesen sido propuesto en forma oportuna u legal por las partes; importa estacar también que aún y cuando esos actos de investigación por conducto de medios probatorios generalmente se documentan, no pueden considerarse mutados a la prueba documentos o instrumental y en consecuencia ser aportados y tratados como tales, especialmente con la mera lectura en la audiencia de juicio para que se tenga como judicializado y permita su controversia por el contener judicial, lo que en definitiva es un fraude que lesiona el derecho a la defensa y al tema probatoria, tal y como por ejemplo sucede en materia experticias criminalísticas o tradicionales, entrevistas, declaración de imputado, inspecciones técnicas del Ministerio Público u órganos policiales, allanamiento, interceptación telefónica, incautación de objetos, registros, requisas e incluso intervenciones corporales, que y salvo la utilización de la figura de la anticipación precedida de la acusación, por estar documentados –acto documento-no puede considerarse como

prueba documental o instrumental y su judicialización en todo caso deberá hacerse mediante la comparecencia de los órganos de prueba para la ratificación correspondiente y para que puedan ser controvertidos por el contendor judicial.

Lo tratado y especialmente el tema de la dualidad de la prueba en fase de investigación y de juicio, la doctrina lo explica con la terminología de "dicotomía de la prueba", señalando que la prueba en fase de investigación realizada a través de medios probatorios sirve para la investigación y para a acusación, para las peticiones cautelares, recabamiento de fuentes probatorios entre otras cosas; en tanto que la prueba en el proceso sirve para la sentencia y la convicción judicial.[459] Al respecto afirmamos que se trate de un error al considerar prueba las fuentes probatorias recabadas como actos de investigación y confundirlo que los medios que se aportan al proceso para crear la convicción judicial, la certeza no ausente de duda, esto último que y como hemos sostenido es en definitiva la prueba judicial.

El tema que denunciamos no solo es producto y consecuencia de la lamentable previsión legal, sino que además la doctrina patria cuando aborda el tema, en general lo hacen en los capítulos denominados y destinados a las pruebas, al régimen o sistema probatorio en el Código Orgánico Procesal Penal, y aunque diferencian lo que son actos de investigación y de prueba, incluso están contesten que los actos de investigación generalmente se hace a través de la utilización de medios probatorios, no marcan de manera definitiva la diferenciación de tratamiento abonando aún más el terreno del confucionismo.

Podemos citar por ejemplo al apreciado académico y amigo Gabriel Alfredo CABRERA IBARRA quien al referirse a los "medios" probatorios regulados en el Código Orgánico Procesal Penal indica lo siguiente […] *También establece el Código Orgánico Procesal Penal algunos medios probatorios, varios de ellos propios del proceso penal dadas las particularidades del mismo. Así, podemos mencionar las siguientes: las* ***inspecciones*** *(artículos 202 al 209), las cuales comprenden a su vez la inspección practicada por la policía o por el Ministerio Público (artículo 202), los registros nocturnos (artículo 204), la inspección de personas (artículo 205), la inspección de vehículos (artículo 207), el registro de lugares (artículo 208), y el examen corporal o mental del imputado o imputada el cual podrá practicarse con el auxilio de expertos (artículo 209). Además de la inspección encontramos el* ***allanamiento*** *(artículos 210 al 213), que puede ser de morada, establecimiento comercial, dependencias cerradas, o recinto habitado (artículo 210), y el allanamiento de oficinas administrativas y demás lugares públicos (artículo 213); la* ***comprobación del hecho en casos especiales*** *(artículos 214 al 217), la cual incluye el levantamiento e identificación de cadáveres (artículos 214 y 215), las autopsias (artículo 216), y la exhumación de cadáveres (artículo 217); la* ***ocupación e interceptación de correspondencia y comunicaciones*** *(artículos 218 al 221), la cual podrá comprender la incautación de*

[459] Eric Lorenzo PEREZ SARMIENTO.La Dicotomía de la Prueba en el Proceso Penal. Editorial Hermanos Vadell.Caracas, 2011.

correspondencia y otros documentos que se presuman emanados del autor o autora del hecho punible y que puedan guardar relación con los hechos investigados (artículo 218), y la interceptación o grabación de comunicaciones privadas (artículo 219); ***el testimonio*** *(artículos 222 al 236) en el cual se incluye el reconocimiento del imputado o imputada (artículo 230), así como el reconocimiento de objetos (artículo 234), el reconocimiento de voces, sonidos y cuanto pueda ser objeto de percepción sensorial (artículo 235) y el careo de personas (artículo 236); y, finalmente,* ***la experticia*** *(artículos 237 al 242), dentro de la cual se ha incluido la exhibición de pruebas al imputado o imputada, a los testigos y a los peritos para que los reconozcan o informen sobre ellos (artículo 242). Además de las mencionadas, también podemos encontrar* ***la prueba documental*** *y* ***la prueba de informes*** *(artículo 339.2). La prueba documental es mencionada también en el artículo 358, el cual versa sobre otros medios probatorios distintos a los ya antes mencionados. Si bien no hay gran regulación expresa sobre estos otros medios probatorios, no es menos cierto que los mismos podrán ser incorporados al proceso penal en virtud de principio de libertad de medios probatorios consagrado en el artículo 198 del Código Orgánico Procesal Penal. En el mismo sentido expuesto, podemos considerar la prueba de confesión, la cual si bien no es mencionada expresamente como tal en el Código Orgánico Procesal Penal, éste se refiere a la* ***declaración del imputado*** *(artículos 130 al 136 y 347 al 351), en la cual, como es fácil imaginar, podría producirse una confesión, aunque con particularidades que la diferencia mucho de la confesión en materia civil. A esto me referiré más detalladamente en su debido momento.*"[460]

Un esquema diferente se presenta en el trabajo de Carlos MORENO BRANT quien trata el tema de la prueba en los capítulos denominados "RÉGIMEN PROBATORIO" y "REQUISITOS DE LA ACTIVIDAD PROBATORIA" haciendo la correspondiente diferenciación con los actos de investigación que son tratados en diferentes capítulos pero diferenciados o no incluidos en los de prueba.[461]

Podríamos decir que el señalamiento del primero de los autores citados –CABRERA IBARRA- resulta correcto cuando no referimos como tal a "medios" como instrumentos o herramientas probatorias, más no en su sentido como acto de "prueba" entendido en su noción procesal como acto del judicante de verificación de los hechos enunciados en la acusación por comparación con las "fuentes" allegadas por los "medios" como instrumentos propuestos dentro del proceso y tratados en audiencia oral con bilateralidad, contradictorio, inmediación y concentración.

Como consecuencia de ello nos apartamos de los criterios esgrimidos y aun cuando reconocemos que los actos de investigación y los actos de prueba perfectamente adoptan un ropaje de "medios" probatorios, siendo sus finalidades totalmente diferentes no pueden confundirse, lo que nos conduce a precisar que los medios de prueba en el proceso penal en definitiva son los mismo medios probatorios

---

[460] Gabriel Alfredo CABRERA IBARRA. Derecho Probatorio. Compendio. pp. 190 y 191.
[461] Carlos E. MORENO BRANT. El Proceso Penal Venezolano. Editorial Vadell Hermano. Caracas, 2011. pp. 179 y ss.

en general regulados en otras leyes, sean testimoniales, declaraciones de parte con contenido o no confesorio, documentales en general que incluyen instrumentos públicos negociales o administrativos y privados, documentos emanados de terceros, informes de personas jurídicas, experticias de cualquier tipo, inspecciones y reconocimientos en general, indicios de cualquier tipo, así como cualquier otro medio probatorio no prohibido que quieran utilizar las partes conforme al principio de libertad probatoria, con la característica esencial que deben ser propuesto en el marco del proceso, en la oportunidad que fije el legislador y evacuados –formados- en la audiencia oral pública y contradictoria, con inmediación y concentración, sin perjuicio del tema de la anticipación de los medios que se presenta como un caso excepcional donde se relajan los principios del sistema penal, aunque sus resultas igualmente deben tratarse verbalmente en la audiencia oral.

En este de ideas y por ejemplo, si analizamos el contenido del Código Orgánico Procesal Penal en los términos expresados, entendiendo que los actos de prueba y la prueba es de carácter judicial y su realización es por orden judicial, de manera que aquellos ordenados y realizados por el Ministerio Público u órganos de Policía judicial son meros actos de investigación que sólo generan fuentes probatorias, podemos afirmar que no hay regulación alguna de medios probatorios como la experticia, inspecciones, confesión, documentos e indicios, los tres últimos que junto con las reconstrucciones y reproducciones, así como los experimentos científicos no encuentran regulación alguna, ni como acto de investigación ni como prueba, lo que y para nada, en función de principio de libertad probatoria, puede considerarse como interdicción o prohibición de su utilización, para lo cual debemos echar mano de la analogía para aplicar otros instrumentos procesales que lo contengan y regulen, sin perjuicio de la función del juez como director del proceso de señalar la forma de su tratamiento de no estar regulados en otras leyes.

2.5. Medios de prueba regulados en la Ley Orgánica Procesal del Trabajo.

En este instrumento procesal encontramos:

a. Instrumentos públicos, privados cartas y telegramas a que se refieren los artículos 77 y 78.
b. Publicaciones en periódicos y gacetas a que se refiere el artículo 80.
c. Prueba de informes, a que se refiere el artículo 81.
d. Exhibición de documentos, a que se refiere el artículo 82.
e. Experticia a que se refiere el artículo 92.
f. Prueba de testigos a que se refiere el artículo 98.
g. Declaración de parte a que se refiere el artículo 103.
h. Reproducciones a que se refiere el artículo 107.

i. Reconstrucciones a que se refiere el artículo 108.
j. Prueba de experimentos a que se refiere el artículo 109.
k. Inspección judicial a que se refiere el artículo 111.
l. Indicios y presunciones a que se refieren los artículos 116, 117 y 118. Estos medios aún cuando están contenidos en la ley dentro del capítulo referido a las pruebas, realmente no fueron regulados por el legislador como medios probatorios que por sí solos pueden demostrar afirmaciones o negaciones de hecho controvertidos, sino que por el contrario, se refieren a auxilios probatorios que tienen por objeto –se insiste- no demostrar hechos controvertidos sino lograr la finalidad de los medios de prueba, corroborando o complementando el valor o alcance de los demás medios probatorios cursante en autos, situación esta incorrecta pues los indicios son verdaderos medios de prueba que por sí solos son capaces de acreditar hecho en el proceso, y en cuanto que las presunciones constituyen razonamiento lógicos y críticos utilizados por el juez o provenientes del operador legislativo, donde en función de un hecho cierto y demostrado en el proceso puede inferirse otro hecho desconocido e investigado, todo lo cual se traduce en que la regulación de la prueba en comento ha sido errático.
m. La conducta de las partes que constituyen indicios probatorios que puede utilizar el operador de justicia para dar por demostrado hechos debatidos en autos, a que se refieren los artículos 110 y 122. Destaquemos que por primera vez este instrumento normativo procesal regula la conducta de las partes como medio probatorio, lo cual constituye un indicio endoprocesal proveniente de la conducta que desplieguen las partes en el enrevesado mundo del proceso, la cual puede ser de carácter omisiva –cuando omite asumir una conducta determinada- obstruccionista –cuando no colabora con los actos del proceso, como sucede en materia probatoria- hesitativa –cuando expone hechos que se contradicen para confundir al operador de justicia- oclusiva –cuando oculta hechos, datos o pruebas- negligente –cuando no satisface las exigencias definidas por el hecho positivo que apareja a una frustración de los actos del proceso cuya realización se intentaba- dilatoria –la utilizar mecanismos procesales para retardar el trámite del proceso y postergar el dictado de la sentencia- temeraria –cuando se actúa con la certeza de la sinrazón- maliciosa –cuando se actúa dolosamente o con intención artera, tendiente a causar daño a la contraparte- o irrespetuosamente, es decir, contrario a la ética profesional. Estas discunductas procesales constituyen un indicio endoprocesal que pueden ser utilizada por le operador de justicia para dar por demostrados los hechos que desconoce –hecho indicado- partiendo del hecho conocido o indicador, como lo es la conducta procesal asumida por la parte, mediante una relación crítica y lógica basada en la experiencia –presunción *hominis*-.

2.6. Medios de prueba regulados en la Ley Orgánica de Niños, Niñas y Adolescentes.

Regula este instrumento legal en materia probatoria los siguientes medios:

a. Prueba instrumental a que se refiere el artículo 456.
b. Declaración de parte a que se refiere el artículo 479.
c. Testigos a que se refiere el artículo 480.
d. Informes técnicos de los equipos multidisciplinarios que se considerarán como experticia, conforme al artículo 481.
e. Indicios por conductas procesales según el artículo 482.

2.7. Medios de prueba regulados en la Ley del Procedimiento Marítimo.

Este instrumento legal que rige el procedimiento que con su especialidad, es el mismo oral del Código de Procedimiento Civil, regula:

a. Mecánica de exhibición de documentos, grabaciones o registros, inspección, fotografías y reproducciones a través del sistema del discovery o descubrimiento a que se refiere el artículo 9.
b. Testigos, inspección judicial, experticia y reconocimientos, artículo 12.
c. Indicios de las conductas de las partes, artículo 13.
d. Dictámenes de funcionarios expertos de organismos públicos del sector acuático y de los colegios profesionales, artículo 14.
e. Dictámenes de expertos calificados ajenos al proceso, artículo 19.
f. Dictámenes de expertos para la prueba de la costumbre, artículo 4 de la Ley de Comercio Marítimo.
g. Protesta de mar, artículo 5 de la Ley de Comercio Marítimo.
h. Mensajes de datos, telex y telefax, artículo 6 de la Ley de Comercio Marítimo.
i. Inspección judicial, artículo 17 de la Ley de Comercio Marítimo.
j. Contrato de fletamento, artículo 153 de la Ley de Comercio Marítimo.
k. Conocimiento de embarque, artículos 197.7 y 232 de la Ley de Comercio Marítimo.

2.8. Medios de prueba regulados en el Decreto con Rango y Fuerza de Ley de Mensajes de Datos y Firmas Electrónicas.

En este instrumento tenemos:

a. Mensajes de datos a que se refiere el artículo 4.

b. Firma electrónica a que se refiere el artículo 16.
c. Certificado electrónico extranjero, a que se refiere el artículo 44.

2.9. Medios de prueba regulados en otras leyes.

En otras leyes vigentes en la República tenemos:

a. Planos, fotos y en general objetos de registro, a que se refieren la Ley de Derecho de Autor.
b. Prueba de la celebración y del contrato de seguros, a que se refiere el artículo 14 del Decreto con Fuerza de Ley del Contrato de Seguros.
c. Interrogatorio libre que puede hacer el juez a las partes, a que se refiere el artículo 188 del Decreto con Fuerza de Ley de Tierras y Desarrollo Agrario.
d. Entrega vigilada a que se refiere el artículo 66 de la Ley Orgánica contra la Delincuencia Organizada y Financiamiento al Terrorismo.
e. Agente encubierto a que se refiere el artículo 66 de la Ley Orgánica contra la Delincuencia Organizada y Financiamiento al Terrorismo.

CAPITULO VII

MOMENTOS DE LA ACTIVIDAD PROBATORIA EN EL SISTEMA DE PROCEDIMIENTOS JUDICIALES

……………………………………………………………………………………………

SUMARIO: *1. Momentos de la actividad probatoria. Introducción. 2. Momento de producción de los diferentes medios probatorios en el sistema de procedimiento civil ordinario. 2.1. Medios probatorios que deben proponerse o promoverse en el lapso probatorio. 2.2. Los instrumentos fundamentales. 2.3. Las posiciones juradas o confesión provocada. 2.4. El juramento decisorio. 2.5. Medios probatorios ordenados oficiosamente por el judicante. 3. Momentos de la prueba en el procedimiento civil ordinario escrito. 3.1. Procedimiento con supresión del lapso probatorio. Los llamados "juicios de derecho". 3.2. Lapso de promoción de medios probatorios. Forma de promoción de medios probatorios. 3.3. Lapso de convenimiento, oposición o contradicción a los medios probatorios propuestos por las partes. 3.4. Providenciación sobre la admisión o no de los medios probatorios propuestos. 3.5. Recurribilidad de la providencia sobre la admisibilidad o no de los medios de prueba propuestos por las partes. 3.6. Admisión tácita de los medios probatorios propuestos por las partes por falta de pronunciamiento del tribunal. 3.7. Evacuación de los medios probatorios promovidos por las partes y admitidos por el judicante. 3.8. Medios probatorios a evacuar en el extranjero. Término ultramarino. 4. Momento de la prueba en la incidencia a que se refiere el artículo 607 del Código de Procedimiento Civil. 5. Momento de la prueba en el procedimiento civil oral. 6. Momento de la prueba en el procedimiento marítimo. 7. Momento de la prueba en el procedimiento penal. 8. Momento de la prueba en el procedimiento laboral. 9. Momento de la Prueba en el procedimientos de niños, niñas y adolescentes. 10. Momento de la prueba en el procedimiento agrario. 11. Momento de la prueba en el procedimiento contencioso administrativo.*

1. MOMENTOS DE LA ACTIVIDAD PROBATORIA. Introducción.

Como hemos venido señalando en otro momento el "proceso" judicial es un conjunto concatenado o coordinado de actos procesales, que se producen como consecuencia del ejercicio del derecho de "acción" para la obtención de la "jurisdicción", mediante el dictado de una sentencia como máxima expresión que declare la voluntad de la ley en cada caso concreto, que tutela los derechos de los justiciables para el mantenimiento de la paz y armonía social, y que comprenderá los actos de ejecución de lo decidido y la fuerza pública si es necesario; proceso que discurre en un procedimiento que generalmente atraviesa por tres fases o etapas perfectamente delineadas o delineables, tales como lo son la etapa alegatoria, probatoria y decisoria, donde cada una incide en la otra de manera de hacerlas imposibles de desligar, sin perjuicio de al existencia de la etapa o fase recursiva y de ejecución.

La segunda de estas fases o etapas del proceso como lo es la etapa probatoria, las partes realizarán la actividad procesal tendiente a demostrarle al operador de justicia sus afirmaciones o negaciones de hecho enunciadas en la demanda, contestación, acusación o defensa, hechos que son el fundamento de sus pretensiones o excepciones al ser el presupuesto de las normas contentivas de las consecuencias jurídicas perseguidas por cada quien, a través de la proposición de medios que permitan allegar las fuentes

que en definitiva, son las que servirán para comparar las precitadas afirmaciones o negaciones con las fuentes y conducir a la convicción o certeza judicial respecto a los hecho que han de verificarse o corroborarse. Es esta etapa o fase –probatoria- la que nos interesa en este momento, que atraviesa generalmente por cuatro escenarios, como lo son la proposición o promoción de los medios de prueba, la oposición o contradicción de los medios de prueba propuestos, la admisión o recibimiento de los medios probatorios y la evacuación o materialización de los mismos, sin perjuicio de incorporar el momento recursivo respecto a la admisión o negativa de admisión de medios probatorios propuestos y dentro de la evacuación sea oral o escrita, la contradicción, control o bilateralidad correspondiente.

La previsión o regulación de las diferentes etapas o momentos de la actividad probatoria, una que corresponde a las partes y otras al órgano jurisdiccional, nos coloca frente a la interrogante ¿Cuándo se Prueba? más correctamente ¿Cuáles son los momentos de la actividad probatoria en el proceso judicial?

Para responder la interrogante que nos planteamos comencemos citando al maestro colombiano Hernando DEVIS ECHANDÍA, [462] quien al referirse al tema que abordamos expresa que la actividad probatoria en el proceso tiene diferentes etapas, fases o aspectos que pueden condensarse de la siguiente manera:

a. Fase de producción u obtención de la prueba, donde colaboran el juez, las partes y los auxiliares de justicia, subdividiéndose a su vez las siguientes fases: 1. Averiguación o investigación; 2. Aseguramiento; 3. Proposición o presentación; 4. Admisión y ordenación; y 6. Recepción y práctica. En esta fase se realizan todos los actos procesales y extraprocesales con finalidad procesal, que conducen a poner la prueba a disposición del juez e incorporarla al proceso, donde deben reunirse tanto requisitos intrínsecos de la prueba, como son la conducencia del medio escogido, la pertinencia y relevancia del hecho, la utilidad de la prueba y la ausencia de prohibición legal para investigar el hecho, así como extrínsecos, tales como la oportunidad procesal para promover la prueba, la formalidad adecuada, la competencia y capacidad del juez, y la legitimación de quien la pide y la decreta.
b. Fase de asunción de la prueba por parte del juez, donde se produce su percepción sensorial y su aprehensión mental de la prueba, es decir, donde el operador de justicia entra en contacto directo con las resultas, materia o contenido de la prueba evacuada.
c. Fase de valoración o apreciación de la prueba por parte del juez, donde se hace la operación mental que tiene por fin el conocimiento del mérito o valor de convicción que puede deducirse de su contenido.

---

[462] Hernando DEVIS ECHANDÍA. Ob. cit. pp. 276 y ss.

Indica el citado maestro colombiano que desde el punto de vista procedimental, las fases antes señaladas se cumplen a través de cuatro etapas o períodos que generalmente contemplan en primer grado de jurisdicción los diversos procesos ordinarios y especiales, y en algunas incidencias, siendo tales períodos los siguientes:

a. Recibimiento genérico de las pruebas a solicitud de partes, de una de ellas u oficiosamente, según el sistema legislativo vigente, el cual consiste en la solicitud que hacen las partes al tribunal para que el proceso de abra a pruebas y pueden promoverse los diversos medios tendientes a demostrar los extremos de hecho controvertidos en la litis.
b. Proposición de las pruebas en concreto para su práctica o su simple admisión cuando es aducida o presentada por el interesado, el cual consiste en que una vez abierto el proceso a pruebas, cada una de las partes eleva al conocimiento del órgano jurisdiccional los medios probatorios que utilizarán en específico, para demostrar sus extremos de hecho, y la ordenación o admisión de esas pruebas por el juez y de otras que oficiosamente señale si está facultado para ello.
c. Práctica de los medios probatorios ordenados o decretados, donde se materializarán o evacuarán las pruebas.
d. Valoración o apreciación de las fuentes que corresponden al juzgamiento.

Sobre el tema abordado Jaime GUASP señala,[463] que el procedimiento de la prueba viene integrado por el encadenamiento de todas aquellas actividades que se dirigen específicamente a convencer al juez, sobre la existencia o inexistencia de un dato procesal determinado, estando dicho esquema integrado por seis categorías perfectamente diferenciables entre sí, tales como son:

a. Petición genérica de la prueba, que consiste en el acto a través del cual los litigantes solicitan que hayan en general pruebas en el proceso, petición que generalmente se hace fuera de la etapa propiamente probatoria.
b. Admisión genérica de la prueba o recibimiento a prueba, que consiste en el acto por medio del cual el juez si se dan los extremos requeridos, resuelve que exista en general prueba en el proceso.
c. Petición específica de la prueba o proposición de pruebas, que consiste en el acto a través del cual los litigantes solicitan no ya que haya prueba, sino que se acuda a un determinado medio de prueba.
d. Admisión específica de la prueba, que consiste en la admisión del medio de prueba particularmente pedido, ordenándolo así mediante un o varias resoluciones.
e. Práctica de la prueba que consiste en la verificación de las pruebas propuestas y admitidas.

---

[463] Jaime GUASP. Ob. cit. T. I. pp. 313 y ss.

f. Apreciación de la prueba que consiste en el acto a través del cual el juez valora o fija la eficacia de cada uno de los medios de prueba practicados, el cual escapa del ámbito probatorio propiamente dicho, pues es verificado por el juez en el mismo momento en que se emite la sentencia de fondo.

AZULA CAMACHO al referirse a las etapas de la actividad probatoria señala, que el mismo es el acto procesal en general, que puede estar constituido por uno solo o varios actos, y que comprende las siguientes etapas: a. Producción, dentro del cual se destacan las actividades de averiguación o investigación, proposición, ordenación y práctica de la prueba; b. Asunción; y c. Valoración. [464]

En panamá FABREGA nos dice que las etapas probatorias comprenden cuatro de las cuales deben realizarse los actos procesales correspondientes a cada una de ellas, bajo pena de decadencia tales como son: independientemente que las pruebas se produzcan en la demanda o en la contestación 1. Período de apertura o recibimiento a prueba dentro de las cuales se presentan o aducen las pruebas e inmediatamente, las partes pueden contrarrestarlas; 2. Traslado de pruebas; 3. Admisión o rechazo de pruebas; y 4. Práctica y asunción de pruebas.[465]

MONTERO AROCA expresa que la actividad o procedimiento probatorio se encuentra conformado por las siguientes etapas: a. Petición de recibimiento a pruebas; b. Recibimiento a pruebas; c. Término de pruebas; d. Proposición de los medios de prueba; e. Admisión de los medios de prueba; y f. Práctica de la prueba. [466]

Más recientemente, con la entrada en vigencia de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil española de 7 de Enero de 2.000, la actividad probatoria como expresan Lluís MUÑOZ SABATÉ[467] y Francisco LÓPEZ SIMÓ,[468] está compuesta de tres fases: a. Proposición de las pruebas; b. Admisión de la prueba; y c. Práctica de la prueba.

En nuestro sistema de procedimiento el tema es amplio y complejo, pues partiremos de la premisa que no existe un procedimiento único sino que por el contrario y como regla que caracteriza nuestro desorden, existen tantos procedimientos como materias y competencias puedan crearse, de manera que en el marco civil, penal, laboral, niños y adolescentes, agrario, contencioso administrativo, marítimo y aeronáutico entre otros, existe una diversidad de procedimientos con diversidad de

---

[464] Jaime Azula Camacho. Manual de Derecho Probatorio. pp. 43 y ss.

[465] Jorge FÁBREGA. Ob. cit. pp.225 y ss.

[466] Juan Montero Aroca. La Prueba en el Proceso Civil. pp. 89 y ss. Igualmente en Derecho Jurisdiccional II. pp. 278 y ss. En estos mismos términos también encontramos al maestro José María ASENCIO MELLADO. Derecho Procesal Civil. Parte Primera. pp. 167 y ss.

[467] Lluís Muñoz Sabaté. Fundamentos de Prueba Judicial Civil L.E.C. 1/2000. pp. 231 y ss.

[468] Francisco LÓPEZ SIMÓ. Disposiciones Generales Sobre la Prueba. Editorial La Ley. Madrid, 2001. pp.77 y ss.

regulaciones respecto al momento de la actividad probatoria. Comencemos indicando que nuestro sistema de procedimiento –salvo algunos gazapos- está regido por el principio dispositivo donde son las partes quienes tienen no solo la carga de la explanación de los hechos institucionales que son el fundamento de sus pretensiones o excepciones y el presupuesto de las normas jurídicas contentivas de las consecuencias que persiguen, sino también pesa sobre ellos una carga probatoria de realizar la actividad procesal y probatoria para proponer los medios de prueba que conduzcan al proceso las fuentes que sirvan de comparación para la verificación de los hechos enunciados, que permitan en definitiva producir certeza o convicción judicial.

De esta manera y en lo que respecta a los momentos probatorios en el sistema de procedimientos venezolano, en general y sacando la actividad probática y heurística antes del proceso, así como la anticipación de medios, se observan las siguientes etapas o fases:

a. Anuncio o solicitud de apertura del lapso probatorio, que consiste en la manifestación de voluntad de las partes –carga- que se abra por auto expreso el procedimiento a pruebas para que las partes puedan realizar su actividad probatoria. Este momento no se encuentra en todos el sistema de procedimientos, siendo un ejemplo de su regulación el procedimiento judicial en materia contencioso funcionarial conforme a la Ley del Estatuto de la Función Pública y el procedimiento oral del Código de Procedimiento Civil.
b. Promoción o proposición de medios probatorios, donde las partes en cumplimiento de sus cargas procesales y probatorias elevan al conocimiento del órgano jurisdiccional y aportan lo medios de prueba que utilizarán para la demostración de sus afirmaciones o negaciones de hecho controvertido. Esta etapa se ubica en el sistema de procedimientos venezolano, con la "especialidad" o torpeza que en algunos procedimientos esta fase se ubica en el momento alegatorio, antes de producirse la traba de la litis con el inconveniente de empujar a las partes a promover medios en forma ciega al no conocer el tema realmente discutido o controvertido y sobre la cual recaerá la actividad probatoria, a propósito del desconocimiento sobre a quien corresponderá la carga probatoria, tal como sucede en materia laboral conforme a la Ley Orgánica Procesal del Trabajo y de niños y adolescentes conforme a la Ley Orgánica de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes.
c. Convenimiento, oposición o contradicción a los medios probatorios promovidos o propuestos, donde las partes pueden cuestionar la admisibilidad del medio probatorio por causas de ilegalidad, impertinencia, extemporaneidad, irrelevancia, ilicitud, inidoneidad, irregularidad en su promoción. En general este lapso se ubica en nuestro sistema de procedimientos, pero insólitamente existen leyes pre y post-constitucionales, que aún cuando el tema del acceso al

sistema probatorio esta positivado, no regularon momento alguno de oposición a los medios probatorios, como sucede en materia laboral, niños y adolescentes, contencioso funcionarial, contencioso no patrimonial, Código Orgánico Procesal Penal, Procedimiento oral civil que rige para el marítimo y al aeronáutico, lo que por ignorancia a llevado a algunos judicantes a considerar que el momento de la oposición a la admisión de los medios queda trasladado al momento de la evacuación como una especie de oposición diferida, con el agravante que en este momento –evacuación- el medio ya esta admitido y el derecho a la defensa en materia probatoria se ejercitará por otra vía diferente a la oposición a un medio ya admitido.

d. Admisión o recibimiento y ordenación de los medios de prueba, donde el judicante debe pronunciarse sobre su ingreso al proceso, fijando la oportunidad para su materialización, lo que dependerá del tipo de sistema de procedimiento que se trata, incluso si es oral o escrito.
e. Recurribilidad a la providenciación de los medios probatorios, donde por lo general se permite que la decisión sobre los medios probatorios propuestos, sean admitidos o negados son recurribles vía ordinaria –apelación- y extraordinaria –casación- sólo en forma diferida con la decisión de fondo de última instancia. Destacamos en este tema el tratamiento legislativo tampoco es igualitario, pues en algunos casos no hay regulación en tanto que en otros, solo se permite la apelación cuando se niegue un medio pero no cuando se admita, incluso en casos con el civil tanto la admisión como la negativa de admisión de un medio probatorio es recurrible, siendo lo cierto que estamos ante un derecho constitucionalizado y que no puede lesionarse indistintamente de la regulación legal.
f. Evacuación o materialización de los medios de prueba, donde se realizarán los mismos con presencia de las partes, en garantía de los derechos de contradicción, bilateralidad, inmediación y concentración, especialmente cuanto estamos en el sistema de procedimiento oral donde el tema probatorio debe ser tratado en una audiencia oral y pública, salvo la anticipación de medios.
g. Asunción, apreciación y valoración de las fuentes probatorias, donde el judicante analizará y dará la valoración que corresponda a los medios probatorios que aporten las fuentes –sea aplicando el sistema de sana crítica y el cáncer tarifado aun existente en algunos procedimientos- que sirvan a la convicción o certeza judicial sobre los hechos enunciados o afirmados, a través de un sistema de comparación entre enunciados y fuentes, lo que se hará a través de un juicio que debe estar vertido en la sentencia y que debe ser motivado en forma razonada, razonable, racional congruente y lógico.
h. También como un momento de la actividad probatoria no podemos dejar a un lado la que se realiza en la alzada con motivo de la apelación, regulada en el sistema de procedimientos

venezolano de manera diferente, pues se van desde extremos de no previsión del tema, pasando por la posibilidad de actividad probatoria limitada como sucede en materia civil y marítima, hasta llegar a una libertad de actividad en segunda instancia como sucede en materia penal, con el agregado que esta actividad en alzada para nada puede ser considerada como suplidora de la actividad en la instancia y mucho menos, para proponer los medios que negligentemente no se ofrecieron en aquella –instancia-.

Dicho esto pasemos a analizar el momento procesal de producción de los diferentes medios probatorios y de cada una de las fases de la actividad probatoria, lo que haremos tomando como esquema el sistema de procedimiento civil ordinario, para luego y en forma separada tratar la cuestión de los diferentes sistemas de procedimiento.

2. MOMENTO DE PRODUCCIÓN DE LOS DIFERENTES MEDIOS PROBATORIOS EN EL SISTEMA DE PROCEDIMIENTO CIVIL ORDINARIO.

Dentro del derecho constitucional de acceso al sistema probatorio, tal y como lo hemos analizado en otro momento se ubica precisamente el derecho a la aportación o proposición de medios probatorios, lo que en el marco de un debido proceso constitucional y legal y conforme al principio de preclusión, deberá hacerse en el momento dispuesto para ello por el legislador, so pena de inadmisión o desecho por motivos de extemporaneidad, salvo que se trate de hechos o medios nuevos, sobrevenidos, anteriores a las oportunidades legales previstas pero desconocido para entonces por las partes, incluso por convenio de éstas, entre otros supuestos que excepcionalmente permiten la proposición de medios en oportunidades diferentes a las preestablecidas.

Es carga de las partes la proposición o promoción de los medios probatorios que conduzcan al proceso las fuentes que sirvan para la verificación de los hechos, lo que y como indicamos no puede hacerse en cualquier momento, sino que esa actividad probatoria de las partes debe desplegarse en un tiempo procesal determinado y que generalmente, es el lapso de promoción de pruebas. Decimos generalmente por que la regla es que todos los medios se propongan en este momento, más por vía excepcional y sin perjuicio de la anticipación de medios –sea antes del proceso o antes de su etapa ya existiendo el proceso- el legislador regula la posibilidad que determinados medios probatorios se produzcan en diferentes momentos, sea con el libelo de la demanda o con la contestación como sucede con los instrumentos fundamentales, lo que no solo se ve en el sistema de procedimiento ordinario civil, sino en general en casi todos los sistema de procedimientos, la confesión provocada o posiciones juradas,

el juramento decisorio, así como otros medios que pueden proponerse en momento diferentes a la etapa probatoria como lo veremos de seguidas.

2.1. Medios probatorios que deben proponerse o promoverse en el lapso probatorio.

En el sistema de procedimiento ordinario civil y conforme a lo expresa el artículo 396 del Código de Procedimiento Civil […] *Dentro de los primeros quince días del lapso probatorio deberán las partes promover todas las pruebas de que quieran valerse, salvo disposición especial de la Ley. Pueden sin embargo, las partes, de común acuerdo, en cualquier estado y grado de la causa, hacer evacuar cualquier clase de prueba en que tengan interés*." Observemos que la regla general es que todos los medios de prueba de que quieran hacerse valer las partes en el proceso, deben ser promovidos en el lapso de quince (15) días de despacho siguientes al vencimiento del lapso de emplazamiento -lapso de promoción de medios probatorios- como lo son los instrumentos públicos negociales o administrativos y privados no fundamentales, la confesión, el juramento, la inspección judicial, la experticia, la mecánica de exhibición de documentos, documentos emanados de terceros, testimoniales, informes a personas jurídicas, reproducciones, reconstrucciones y pericia científica, indicios y los medios de prueba no regulados o libres; pero si bien todos los medios de prueba deben aportarse en el lapso de promoción de pruebas, este principio se flexibiliza con algunos medios de pruebas como lo son las posiciones juradas, el juramento, los instrumentos públicos negociales no fundamentales y el juramento decisorio, medios éstos que pueden ser promovidos y evacuados en oportunidades procesales diferentes al lapso probatorio.

De esta manera y respecto al medio probatorio de las posiciones juradas o confesión provocada, puede ser promovida junto al libelo de la demanda, en el lapso de promoción de pruebas y en segunda instancia, tal como lo expresan los artículos 405 y 520 del Código de Procedimiento Civil; el medio probatorios instrumental público negocial no fundamental, puede producirse hasta los informes de primera instancia o en segunda instancia, tal como lo disponen los artículos 435 y 520 *ejusdem*; y el juramento decisorio, el cual puede proponerse en cualquier estado y grado de la causa, tal como norman los artículos 420 y 520 *ibidem*; igualmente, la confesión judicial voluntaria, bien sea pura y simple, calificada o cualificada y compleja, puede producirse en cualquier momento procesal, al igual que los indicios como consecuencia de la conducta procesal que desplieguen las partes en el proceso.[469]

---

[469] Respecto a los medios probatorios que pueden producirse en segunda instancia cuando se trata de procedimiento breve, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en decisión N° 2629, de fecha 12 de Agosto de 2005, con ponencia del magistrado Marco Tulio DUGARTE PADRÓN, expediente N° 03-3164, en forma limitativa e inconstitucional, desconocimiento la constitucionalización del derecho de acceso al sistema probatorio solo permite la utilización de aquellos previstos en el artículo 520 del Código de

En materia de procedimiento breve a que se refiere el artículo 881 y siguientes del Código de Procedimiento Civil, en concordancia con lo previsto en el artículo 520 *ejusdem*, en segundo grado de jurisdicción donde solo se fija un término para decidir, esto es, al décimo día de despacho siguiente al recibo por auto expreso del expediente, donde las partes pueden proponerse también y de manera preclusiva hasta el día noveno - pues el décimo es para dictar sentencia- los medios probatorios que permite el citado artículo 520, tales como instrumentos públicos negociales no fundamentales, las posiciones juradas y el juramento decisorio, tal como lo ha establecido Casación en la decisión que se señala a continuación:

> En el procedimiento breve el legislador en primera instancia no fijó una oportunidad para el acto de informes, pues de la fase probatoria pasa directamente a la etapa de decisión, a tenor de lo pautado en los artículos 889 y 890 del Código de Procedimiento Civil, éste último señala "…*la sentencia será dictada* ***dentro de los cinco días siguientes a la conclusión del lapso probatorio***…".
>
> Por tanto, de lo expresado *up supra* debe entenderse que en el procedimiento breve el límite para evacuar la prueba de posiciones juradas en primera instancia, es hasta que fenece en el lapso de evacuación de pruebas, pues se abre *ope legis* el **lapso para sentenciar**.
>
> Ahora bien, no ocurre lo mismo en alzada pues el artículo 893 del Código de Procedimiento Civil, **fija el término del décimo día para sentenciar, y no un lapso como en primera instancia**, lo que permite que en dicho término se evacuen las pruebas establecidas en el artículo 520 del Código de Procedimiento Civil, pudiendo producirse hasta el noveno día del término -inclusive- el juramento decisorio, las posiciones juradas y el documento público, pues el décimo día es sólo para sentenciar.[470]

En lo que se refiere a las pruebas instrumentales públicas –negociales o administrativas- o privadas fundamentales, conforme a lo previsto en los artículos 340.6 y 434 del Código de Procedimiento Civil,

---

Procedimiento Civil, a saber: 1. Instrumentos públicos negociales no fundamentales; 2. Posiciones juradas; 3. Juramento decisorio.

[470] Sentencia de la Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia, N° RC-00537, de fecha 02 de Agosto de 2005, con ponencia del magistrado Carlos OBERTO VÉLEZ, expediente N° 05150.

deben producirse junto al libelo de la demanda, salvo los casos excepcionales a que se refiere la última de las normas y a los que nos referiremos más adelante.

Pero otras pruebas que pueden realizarse fuera del lapso probatorio se presenten cuando estamos en presencia de anticipación de medios, en aquellos casos donde existe la necesidad por el temor que le transcurso del tiempo, la acción u omisión de sujetos o cualquier circunstancia, impida que le medio pueda realizarse dentro del proceso y en su oportunidad correspondiente. También los medios probatorios que el juez ordena de oficio para traer fuentes al proceso -artículos 401 y 514 del Código de Procedimiento Civil- escapan de la preclusión del lapso probatorio, lo que igualmente ocurre en materia de experticias, inspecciones judiciales, reproducciones y reconstrucciones, que pueden ser acordadas oficiosamente fuera de las oportunidades procesales reguladas en la Ley.

2.2. Los instrumentos fundamentales.

Ya hemos dicho que en los términos del artículo 396 del Código de Procedimiento Civil, en materia de procedimiento civil ordinario, las partes deberán promover o elevar al conocimiento del órgano jurisdiccional los medios probatorios que van a utilizar, dentro del lapso de promoción de pruebas, esto es, dentro del lapso de quince días de despacho siguientes al vencimiento del lapso de comparecencia, haya habido o no contestación a la demanda y que se abrirá de pleno derecho sin necesidad de auto expreso para ello. Pero no obstante a ello, la norma en cuestión a su vez regula la posibilidad excepcional de producir medios en una oportunidad diferente al lapso de promoción de pruebas, lo que y como indicamos se presenta en materia de posiciones juradas, juramento decisorio e instrumentos fundamentales, estos últimos de nuestro interés en este momento.

Los instrumentos públicos –sean negociales o administrativos- y los privados que sean carácter fundamental, conforme a lo normado en el 340.6 del Código de Procedimiento Civil, en concordancia con lo preceptuado en el artículo 434 *ejusdem*, deberán ser promovidos junto al libelo de la demanda, so pena de no ser admitidos posteriormente por ser extemporáneos, señalando la primera de las normas que […] *El libelo de la demanda deberá expresar: ...6° Los instrumentos en que se fundamente la pretensión, esto es, aquellos de los cuales se derive inmediatamente el derecho deducido, los cuales deberán producirse con el libelo*.” Por su parte el artículo 434 indica que […] *Si el demandante no hubiera acompañado su demanda con los instrumentos en que la fundamenta, no se le admitirán después, a menos que haya indicado en el libelo la oficina o el lugar donde se encuentren, o sean de fecha posterior o aparezcan, si son anteriores, que no tuvo conocimiento de ellos. En todos estos casos de excepción, si los instrumentos fueren privados, y en cualquier otro, siendo de esta especie, deberán producirse dentro de los*

quince días del lapso de promoción de pruebas, o anunciarse en él de donde deban compulsarse; después no se le admitirán otros."

Como observamos cuando los instrumentos públicos –negociales o administrativos- y privados sean de carácter fundamental, entendido como aquellos de donde deriva, dimana o deduce inmediatamente el derecho pretendido por el justiciante, su aportación debe hacerse en el libelo de la demanda, siendo inadmisible su aportación en otra etapa del proceso, salvo los casos excepcionales contenidos en la última de las normas transcritas, donde se atempera la exigencia legislativa, permitiéndose a tal efecto aportar los instrumentos en otras oportunidades procesales como lo son, para el caso del instrumento público administrativo y el privado, en el lapso de promoción de pruebas y para el instrumento público negocial, en cualquier momento antes de producirse la decisión, más correctamente hasta los últimos informes en los términos del artículo 435 del Código de Procedimiento Civil que indica […] *Los instrumentos públicos que no sea obligatorio presentar con la demanda, ya por no estar fundada en ellos la misma, ya por la excepción que hace el artículo 434, podrán producirse en todo tiempo, hasta los últimos informes.*"

Pero como se viene señalando la norma contenida en el artículo 434 del Código de Procedimiento Civil, le permite a la parte accionante no aportar el instrumento fundamental al libelo de la demanda, en los siguientes casos:

a. Cuando se indique en el libelo la oficina o el lugar donde se encuentre el o los instrumentos, caso en el cual el accionante no se encuentra eximido de aportar al proceso el medio probatorio, sino sólo de aportarla junto al libelo de la demanda, de manera que de tratarse de una prueba instrumental privada deberá indefectiblemente aportarse en el lapso probatorio, so pena de ser extemporánea su producción en cualquier otro momento; de tratarse de la prueba instrumental pública administrativa se aplican las mismas reglas señaladas del instrumento privados, esto es, que debe proponerse en el lapso probatorio; y respecto a la instrumental pública negocial, podrá aportarse hasta los informes de la instancia o eventualmente hasta los informes de la segunda instancia –artículo 435-.
b. Que los instrumentos sean de fecha posterior a la demanda, excepción que se justifica porque de no existir los instrumentos para el momento de introducirse la demanda, mal podían ser mencionados. En tal caso y de tratarse de una prueba instrumental pública administrativa o privada, deberá indefectiblemente aportarse en el lapso probatorio so pena de ser extemporánea su producción en cualquier otro momento; de tratarse de la prueba instrumental pública negocial, podrá aportarse hasta los informes de la instancia o eventualmente hasta los informes de la segunda instancia.

c. Cuando se trate de instrumentos de fecha anterior a la demanda, pero que no eran conocidos para el accionante, caso en el cual éste por tratarse de un hecho negativo de difícil prueba, será el demandado quien tenga la carga de aportar la prueba del hecho positivo en contrario, como lo sería la prueba que el accionante sí tenía conocimiento de la prueba instrumental para el momento de presentar la demanda. Ante tal situación de tratarse de una prueba instrumental pública administrativa o privada, deberá indefectiblemente aportarse en el lapso probatorio, so pena de ser extemporánea su producción en cualquier otro momento; de tratarse de la prueba instrumental pública negocial, podrá aportarse hasta los informes de la instancia o eventualmente hasta los informes de la segunda instancia.

En todos éstos casos excepcionales el accionante debe hacerlo valer expresamente en la demanda, es decir, debe manifestar que no aporta el instrumento fundamental e invocar alguna de las causas de excepción a que se refiere el artículo 434 del Código de Procedimiento Civil, sin lo cual, de no haber alegación, no podría activarse la vía de excepción de aportación del instrumento a la demanda. Pero también es importante precisar desde ya, que los casos excepcionales en materia de prueba instrumental, cuando se hace uso de algunos de los supuestos a que se refiere la precitada norma, su aportación posterior dependerá de la naturaleza instrumental que se trata, pues de ser pública negocial, esto es, aquella que contiene un negocio o convención jurídica entre los sujetos de derecho, mediante los cuales pueden constituirse, extinguirse o modificarse una relación jurídica, su aportación se ubica en los términos del artículo 435, hasta los últimos informes; en caso de instrumental pública administrativa, que es una invención de la jurisprudencia patria, que no contiene una convención o negocio jurídico entre los sujetos, sino que se refiere a instrumentos emanados de la administración pública donde consta un hecho relevante emanado de ellos o realizados por las partes ante ellos, no equiparándose a los instrumento públicos negociales y no haciéndosele extensible sus privilegios, su aportación necesariamente debe ser como los privados, esto es, en el lapso de promoción de pruebas; finalmente los privados y como indicamos, deberán producirse en el lapso señalado de promoción de pruebas, sin que luego puedan ser admitidos, salvo que las partes estén de acuerdo, lo que en la práctica es muy poco probable.

Nuestro padre Humberto BELLO-LOZANO MÁRQUEZ al tratar el tema abordado nos enseñó en su momento, que si bien el accionante se encuentra eximido o relevado de aportar junto al libelo de la demanda los instrumentos fundamentales, no por ello quiere decir que se encuentra relevado de producirlos al proceso, ya que la excepción a que se contrae la norma se refiere únicamente a la no obligación de incorporar los instrumentos desde el inicio del proceso, es decir junto al libelo de la demanda, pero sí deben aportarse en el lapso probatorio, ya que el juez no puede decidir en base a instrumentos que no constan en autos, so pena de incurrir en suposición probatoria por prueba

inexistente, por lo que la excepción en estudio solo trae como consecuencia que de ser invocada por el accionante la norma del artículo 434 del Código de Procedimiento Civil, para no aportar junto al libelo los instrumentos fundamentales, queda abierta la posibilidad de producirlos en los momentos ya señalados, en caso contrario, de no haberse acompañado los instrumentos en sus respectivas etapas procesales y de no existir las excepciones del artículo en cuestión, la incorporación en otro momento distinto es totalmente extemporánea y los instrumentos no podrán ni deberán ser valorados por el judicante, no servirán para la verificación de los hechos enunciados y parta la convicción judicial. [471]

Pero **¿qué son los instrumentos fundamentales?**

Los instrumentos fundamentales, *son aquellos de donde provienen, dimanan o derivan las relaciones materiales surgidas entre las partes o el derecho que reclaman judicialmente* y que como nos enseñaría nuestro padre al no presentarse junto al libelo de la demanda, la consecuencia que tendrá que soportar el accionante por aplicación del contenido del artículo 434 del Código de Procedimiento Civil, es que no le serián admitidos en otra oportunidad procesal, lo que es consecuencia del contenido del artículo 340.6. donde el legislador impone al demandante la carga procesal de acompañar junto al libelo de la demanda los instrumentos fundamentales, que tiene su razón o justificación en el hecho de garantizarle al demandado el cabal ejercicio de la defensa, dado que es lógico que si los instrumentos fundamentales son aquellos de donde dimana la pretensión del accionante, la parte demandada centrará sus defensas en tratar de destruir los efectos nocivos de dichos instrumentos, por lo que su aportación en un momento posterior, luego de preclusivo el lapso de contestación de la demanda decretaría una situación de indefensión del demandado al no tener oportunidad para tratar el tema de la instrumental, especialmente cuando ya la litis se ha trabado y se han determinado los hechos controvertidos sobre los cuales recaerá el decisorio; pero otra razón de la exigencia de aportar al libelo el instrumento fundamental y de no admitirse después –salvo las excepciones señaladas- radica en el hecho de la lealtad y probidad de las partes, dado que de no producirse los instrumentos en la oportunidad señalada, se le estaría cercenando al demandado la oportunidad de preparar una adecuada defensa.

En este orden de idas tenemos que la oportunidad procesal para producir en el proceso los instrumentos fundamentales –cualquiera fuere su naturaleza, sean de carácter públicos negociales o administrativos o privados- es en el libelo de la demanda, ya que de no ser incorporados en esa oportunidad procesal y salvo los casos de excepción a que se contrae el artículo 434 del Código de Procedimiento Civil, no serán admitidos posteriormente. Por criterio en contrario si los instrumentos que deben aportarse al proceso no son de carácter fundamental, deberán producirse en el lapso probatorio, de ser públicos administrativos o privados, y de ser de ser públicos negociales podrán

[471] Humberto BELLO MÁRQUEZ. Las Fases del Procedimiento Ordinario. pp. 20, 21 y 156.

producirse conforme a lo previsto en el artículo 435 del Código de Procedimiento Civil, hasta los últimos informes.

Respecto al contenido del artículo 435 referido, destacamos que de tratarse d einstrumentos públicos negociales que no sean fundamentales, podrán aportarse al proceso no solo en el lapso de promoción de pruebas, sino también en cualquier tiempo procesal, hasta los últimos informes, concretamente, que pueden ser aportados en primer grado de jurisdicción hasta los informes de esa instancia, pero también y precluido los informes de esa primera instancia, pueden ser aportados al proceso hasta los informes de la segunda instancia o segundo grado de jurisdicción, tal como lo expresa el artículo 520 del Código de Procedimiento Civil, que dispone […] *En segunda instancia no se admitirán otras pruebas sino instrumentos públicos, la de posiciones juradas y el juramento decisorio. Los primeros podrán producirse hasta los informes, si no fueren de los que deban acompañarse con la demanda; las posiciones y el juramento podrán evacuarse hasta los informes, siempre que se soliciten dentro de los cinco días siguientes a la llegada de los autos al Tribunal. Podrá el Tribunal dictar auto para mejor proveer, dentro de los límites expresados en el artículo 514*."

Puesto en este estado el asunto nos preguntamos **¿en el marco del sistema de procedimiento civil ordinario, puede el demandado acompañar junto a la contestación de la demanda el instrumento fundamental de su defensa o excepción?**

Para responder la interrogante comencemos con lo que al respecto nos dicen BELLO LOZANO y BELLO-LOZANO MÁRQUEZ,[472] quienes estando recién publicado el Código de Procedimiento Civil, sostuvieron en la obra "*Tratamiento de los Medios de Prueba en el Nuevo Código de Procedimiento Civil*", que los instrumentos privados no reconocidos, podían ser aportados por el demandado junto a su contestación, aunque BELLO LOZANO,[473] en ediciones posteriores de la obra "*La Prueba y su Técnica*", rectifica éste criterio haciendo lo propio BELLO MÁRQUEZ[474] en su obra "*Fases del Procedimiento Ordinario*", donde se sostuvo la imposibilidad de aportar el instrumento privado no fundamental, en otra oportunidad procesal diferente al lapso de promoción de pruebas, ello por aplicación del artículo 434 del Código de Procedimiento Civil.

Por su parte DUQUE CORREDOR,[475] mantiene el criterio que en el lapso de emplazamiento la parte demandada puede aportar instrumentos privados en la contestación de la demanda.

---

[472] Humberto BELLO LOZANO y Humberto BELLO MÁRQUEZ. Tratamiento de los Medios de Prueba en el Nuevo Código de Procedimiento Civil. Editorial Mobilibros. Caracas, 1986. pp. 45 y ss.

[473] Humberto BELLO LOZANO. La Prueba y su Técnica. Editorial Mobilibros. Quinta edición. Caracas, 1991. pp. 57 y ss.

[474] Humberto BELLO MÁRQUEZ. Las Fases del Procedimiento Ordinario. Editorial Mobilibros. Caracas, 1996. pp. 155 y ss.

[475] Roman J. DUQUE CORREDOR. Apuntaciones Sobre el Procedimiento Civil Ordinario. Tomo I. Ediciones Fundación Projusticia. Colección Manuales de Derecho. Caracas, 2000. pp. 333 y ss.

Pero la circunstancia que anotamos, podría verse destruida por el principio constitucional de la informalidad contenido en los artículos 26 y 257 constitucional, donde pudiera presentarse, que en un proceso el demandado aportase junto a la contestación de la demanda, la prueba instrumental que demostrara el hecho extintivo, impeditivo o modificativo en que se fundamentara su excepción; podría argumentarse que en función del principio de informalidad que rige al proceso, la norma contenida en el artículo 434 del Código de Procedimiento Civil, se relajará, permitiéndose de ésta manera al demandado aportar la prueba de su excepción junto al escrito de contestación de la demanda; también podría argumentarse que en aplicación de un criterio garantista y constitucional, si el demandante tiene el derecho de aportar junto al libelo el instrumento fundamental, por bilateraidad, igualdad de armas o igualdad procesal, el demandado también tendría o estaría asistido del mismo derecho.

Si bien el proceso judicial conforme a los postulados de la Constitución, encuentra a la informalidad como uno de sus elementos característicos y uno de los esenciales principios sobre los cuales se construye, el mismo también se edifica sobre las bases de un debido proceso legal contenido en el artículo 49, que contiene las reglas de juego que deben respetarse y dentro de las cuales se hayan las etapas procesales, donde en forma preclusiva deberán realizarse los actos de parte y del tribunal, así como las etapas u oportunidades en que las partes deberán aportar al proceso los instrumentos contentivos de las fuentes que servirán para verificar los hechos enunciados por comparación respecto a los hechos afirmados o negados en las pretensiones o excepciones, tomando en consideración al efecto tanto el carácter fundamental o no de los mismos, como su naturaleza pública o privada, inclusive su naturaleza pública administrativa, por lo cual en el caso del procedimiento civil ordinario, la aportación de la prueba instrumental privada sujeta a reconocimiento así como la pública administrativa que solo admite prueba en contrario y que contenga la demostración de los hechos excepcionados en la contestación, deberá realizarse en la etapa probatoria -promoción de pruebas- y si la naturaleza de la prueba instrumental es de carácter pública negocial, la misma podrá aportarse al proceso en cualquier estado y grado del proceso, hasta los últimos informes; entenderlo de otra manera, sería quebrantar el debido proceso legal, que traería como consecuencia una real anarquía procesal típica en nuestro desastroso sistema de procedimientos vigente producto de políticas judiciales erráticas, de la desidia y de quienes tienen la noble función de administrar justicia.

El razonamiento que antecede igualmente encuentra su fundamento en la protección del derecho constitucional de la defensa, pues las normas contenidas en los artículo 443 y 444 del Código de Procedimiento Civil –que regulan las figuras de tacha y desconocimiento de instrumentos privados- se harían inaplicables, ya que en el procedimiento ordinario el actor para ejercitar sus defensas, tendría que acudir al tribunal durante todos los días del lapso de emplazamiento, a fin de verificar cuando se

produciría la contestación de la demanda y si en la misma, fue aportado un instrumento privado o público administrativo, siendo totalmente absurda esta situación, ya que el legislador no previó que el actor estuviese en la contestación de la demanda, la cual por demás se realiza dentro de un plazo o lapso y no en un término y a través de un acto jurisdiccional; pero incluso de considerar que el momento de impugnación de la prueba se abriría luego de vencido el lapso de emplazamiento, se estaría incorporando al proceso un lapso inexistente subvirtiendo en consecuencia al momento. Por tales motivos insistimos en que debe negarse la posibilidad de aportar instrumentos privados y públicos administrativos sujetos a reconocimiento y prueba en contrario respectivamente, a la contestación de la demanda, todo ello a propósito que el instrumento es fundamental para el actor pero no para el demandado, ya que quien debe preparar sus defensas en función a las pruebas instrumentales que deben aportarse al proceso, es el demandado y no el accionante, quien en el libelo de la demanda ha expresado todos los elementos de hecho –afirmaciones o negaciones- que son la base argumental de su pretensión discursiva.

No obstante a lo anterior con relación a la aportación de la prueba instrumental en forma excepcional al lapso de promoción de pruebas, la Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia señaló:

> De conformidad con el artículo 396 del Código de Procedimiento Civil, dentro de los primeros 15 días del lapso probatorio las partes deberán promover todas las pruebas de que quieran valerse, entre otras, los instrumentos privados no fundamentales de la demanda, y estos últimos en los casos de excepción a que se refiere el artículo 434 del mencionado Código; la exhibición de documentos, la confesión o posiciones juradas; la experticia, la inspección judicial, la prueba de testigos, las reproducciones, copias y experimentos, la prueba de informes. (Rengel Romberg A. *Tratado de Derecho Civil Venezolano*. Caracas, Editorial Arte, Cuarta Edición, 1994, p. 347).
>
> Sin embargo, esta regla tiene algunas excepciones: los documentos fundamentales, que deben ser promovidos por el actor con la demanda; los públicos, que pueden ser presentados hasta los últimos informes; los documentos privados reconocidos o tenidos legalmente por reconocidos bien en original o en copia certificada o fotostática, fotográfica u otra semejante que pueden presentarse con la contestación de la demanda.
>
> Asimismo, el artículo 396 del Código de Procedimiento Civil dispone que "... *Pueden ... las partes, de común acuerdo, en cualquier estado y grado de la causa, hacer evacuar cualquier clase de prueba en que tengan interés*".
>
> El artículo 429 del Código de Procedimiento Civil establece:
>
> …omissis…

De la lectura de la norma se desprende que el artículo transcrito no contempla los documentos privados simples, sino que regula lo concerniente a los documentos públicos o privados reconocidos o tenidos legalmente por reconocidos, sea en original, en copia certificada o fotostática, y expresa que pueden ser producidos junto con la demanda, en la contestación o en el lapso de promoción de pruebas.
Por consiguiente, los documentos privados simples responden a la regla general establecida en el artículo 396 del Código de Procedimiento Civil: dentro de los primeros 15 días del lapso probatorio deberán las partes promover todas las pruebas de esta especie de que quieran valerse.
Al respecto, el autor Jesús Eduardo Cabrera sostiene lo siguiente:
"El Art. 429 reza ... En nuestro criterio, el anterior artículo ha venido a puntualizar la oportunidad para la promoción de los documentos privados simples (no reconocidos) que no sean fundamentales. Ambas partes no podrán promoverlos sino en el término de promoción de pruebas. El Art. 429 CPC prevé que los documentos privados auténticos (reconocidos o tenidos legalmente por reconocidos) pueden producirse en originales o en copias certificadas o fotostáticas simples u otras semejantes y señala como oportunidades para traer las copias simples (con mayor razón, los originales), el libelo, la contestación y el término de promoción de pruebas. Fuera de esas oportunidades, la producción de las copias simples de instrumentos públicos o privados auténticos es extemporánea, salvo aprobación expresa de la contraparte. Los documentos privados no auténticos no están contemplados en el Art. 429 CPC, por lo que en cuanto a la oportunidad de promoverlos y producirlos, tenemos para el actor que ella es el libelo, en cuanto a los fundamentales (ord. 6° Art. 340 CPC), y el término de promoción de pruebas (Arts. 396 y 434 CPC) para cualquier otro documento privado simple que pretenda hacer valer cualquiera de las partes, no existiendo en la ley ningún otro momento fuera de los nombrados, para la promoción de esa categoría de instrumentos privados ... El Art. 429 CPC prevé la contestación acompañada de las copias, mas no contempla el CPC, que dicha contestación se acompañe con documentos privados no auténticos (no reconocidos ni autenticados). Todo esto conduce a que la oportunidad para promover los instrumentos privados simples, es el término de promoción de pruebas para ambas partes, a menos que sean fundamentales..." (Cabrera Romero, Jesús

Eduardo: *Contradicción y Control de la Prueba Legal y Libre*. Caracas, Editorial Jurídica Alva, S.R.L., 1997, p. 104-107).

Conforme al anterior criterio que esta Sala acoge, no puede el demandado producir documentos privados simples con la contestación de la demanda, sino en el lapso de promoción de pruebas.

En el caso concreto, el demandado acompañó con la contestación de la demanda documentos privados simples (facturas originales N° 0081 y N° 0090 emitidas por la demandante, y un documento privado simple de fecha 25 de marzo de 1998), los cuales ratificó en el lapso de promoción de pruebas, según lo estableció la recurrida, considerando que no eran extemporáneos, tal como se constata de la siguiente transcripción: "Teniendo a la vista las pruebas aportadas por la parte demandada en la etapa procesal de promoción de pruebas, resulta importante destacar a esta Superioridad que, respecto a la defensa opuesta por la demandante en el sentido de solicitar ante el a quo la declaratoria de la extemporaneidad de las pruebas documentales privadas presentadas por la demandada en el momento de la contestación de la demanda, y por ello la inobservancia de las mismas para el proceso, este Tribunal rechaza la misma, por cuanto de una revisión de las pruebas presentadas en la promoción de pruebas por parte de la demandada, se observa que las consignadas en la contestación de la demanda fueron ratificadas por ésta al invocar el mérito favorable que se desprende de las actas procesales, además de ratificar expresamente el valor probatorio de los mismos, aunado al hecho que la demandante no hizo uso del recurso de oposición oportunamente, una vez agregadas al expediente o ratificadas en su existencia y valor probatorio, por tanto, este Juzgado Superior declara y ratifica la improcedencia de la defensa opuesta por el abogado demandante. ...".(Negritas de la Sala)

De forma que al haber sido ratificado el valor probatorio de tales documentos en el lapso de promoción, deben tenerse como válidos y, por tanto, no erró el juez superior en la interpretación de los artículos 388, 396, 429, 434 segunda parte, 435 y 196 del Código de Procedimiento Civil, al apreciar los documentos privados simples consignados con la contestación de la demanda, debido a que estos fueron ratificados en el lapso de promoción de pruebas.[476]

---

[476] Sentencia de la Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia, N° RC-00313 de fecha 27 de Abril de 2.004, con ponencia del ex magistrado Franklin ARRIECHE GUTIERREZ, expediente N° 001004

Los instrumentos privados simples sólo pueden ser aportados en el lapso de promoción de pruebas cuando no sean fundamentales, de lo contrario deberán ser aportados junto al libelo de la demanda; en tanto que los privados reconocidos o tenidos legalmente por reconocidos, para el actor pueden ser aportados en el lapso de pruebas, salvo que sean fundamentales y para el demandado, pueden ser aportados en la contestación de la demanda o en el lapso de pruebas, pues si bien el artículo 429 del Código de Procedimiento Civil permite la aportación de instrumentos privados reconocidos en copia, fotografías, fotostátos o cualquier otro medio mecánico, en la contestación de la demanda, con mucha mas razón debe permitirse la aportación de la instrumental privada reconocida en original, pero cuando se trata de instrumentales privadas simples, su aportación indefectiblemente debe realizarse en el lapso de promoción de pruebas o en el libelo de la demanda de tratarse de una prueba fundamental, lo que se traduce, que si el demandado aporta junto a la contestación un instrumento privado simple, el mismo será extemporáneo, pero el elemento que consideramos errado de la decisión bajo análisis, es que se permita subsanar el error de la extemporaneidad mediante la ratificación del mérito de la prueba en el lapso probatorio, es decir, que sea ratificado, pues afirmamos que ya el instrumentos se encuentra infectado por la extemporaneidad producto de su aportación anticipada por parte del litigante ignorante, lo cual no puede ser corregido con una futura ratificación de manera que la prueba producida extemporáneamente, debe quedarse fuera del proceso y no debe ser apreciada aún cuando sea ratificada posteriormente. Este criterio lesiona el derecho a la defensa, a la tutela judicial efectiva y al derecho a producir pruebas, pues no se ha limitado éste último en forma alguna, dado que ha sido la propia parte la que ha producido erróneamente la prueba en el proceso, en forma anticipada, siendo que la causa de desecho de la prueba solo es imputable a la parte que ha sido ignorante y torpe.

Ya para terminar este punto es importante destacar que el tema de los instrumentos fundamentales no solo es propio del sistema de procedimiento ordinario civil escrito, sino que también se presenta en otros sistema de procedimientos, donde el tema no solo se regula respecto al actor, sino que se le hace extensivo al demandado quien también puede presentar instrumentos fundamentales de su excepción, como sucede en el procedimiento civil oral –artículos 340.6 y 864 del Código de Procedimiento Civil- aplicado al sistema marítimo –artículo 11 de la Ley del Procedimiento Marítimo- en materia de niños y adolescentes –artículos 456 y 474 de la Ley Orgánica para la Protección del Niño, Niña y Adolescentes- en materia agraria –artículos 199 y 205 de la Ley de Tierras y Desarrollo Agrario- en materia contencioso funcionarial –artículo 95 de la Ley del Estatuto de la Función Pública- en los procedimientos contenciosos administrativos –artículo 33.6 de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa- en materia contencioso tributario –artículo 260 del Código Orgánico Tributario-.

2.3. Las posiciones juradas o confesión provocada.

Otro medio de prueba que puede promoverse en una oportunidad distinta al lapso de promoción de pruebas, como hemos indicado es la confesión provocada o posiciones juradas, que conforme a lo previsto en el artículo 405 del Código de Procedimiento Civil, en concordancia con lo normado en el artículo 520 *ejusdem*, puede ser promovida por el actor, junto al libelo de la demanda, en el lapso de promoción de pruebas y/o en segunda instancia o segundo grado de jurisdicción; igualmente el demandado –por bilateralidad- puede en la contestación de la demanda, en el lapso de promoción de pruebas y/o en segunda instancia o segundo grado de jurisdicción, promover éste medio probatorio. Así el artículo 405 del Código de Procedimiento Civil, expresa que […] *Las posiciones juradas sólo podrán efectuarse sobre hechos pertinentes al mérito de la causa, desde el día de la contestación de la demanda, después de ésta, hasta el momento de comenzar los de las partes para sentencia*."

La norma en cuestión en puridad de verdad no regula lapso de promoción de las posiciones juradas o confesión provocada, más es de su interpretación de donde puede extraerse su momento, pues considerando que la misma puede evacuarse o materializarse desde el día de la contestación de la demanda, es porque indefectiblemente su promoción o proposición debió hacerse en el libelo de la demanda o en la contestación, pudiéndose igualmente y de no haber sido promovidas en ésta oportunidad, elevarse al conocimiento del órgano jurisdiccional en el lapso de promoción de pruebas; pero también en segunda instancia o segundo grado de jurisdicción, las partes pueden promover la prueba de confesión provocada o posiciones juradas, dentro de los primeros cinco días de despacho siguientes a recibidos los autos, lo que deberá hacerse como lo ha venido reiterando la jurisprudencia nacional, por medio de auto expreso.

2.4. El juramento decisorio.

Por último y otro medio de prueba que puede ser promovido en una etapa procesal distinta a la promoción de las pruebas, es el juramento decisorio, el cual y conforme a lo normado en el artículo 420 del Código de Procedimiento Civil, en concordancia con lo preceptuado en el artículo 520 e*jusdem*, puede deferirse en cualquier estado y grado de la causa.

2.5. Medios probatorios ordenados oficiosamente por el judicante.

En cuanto a la actividad probatoria oficiosa del operador de justicia, también excepcionalmente pueden producirse medos probatorios fuera del lapso de promoción, como sucede con las diligencias probatorias a que se refiere el artículo 401 del Código de Procedimiento Civil, luego de vencido el lapso de evacuación de pruebas; la inspección judicial, la experticia, las reproducciones o reconstrucciones, los indicios producto de conductas procesales de las partes, entre otras actividades.

3. MOMENTOS DE LA PRUEBA EN EL PROCEDIMIENTO CIVIL ORDINARIO ESCRITO.

Una vez analizados los diferentes momentos en que pueden proponerse o promoverse los distintos medios probatorios, siguiendo la misma línea argumentativa anterior, especialmente en cuanto a las diferentes etapas o fases por las cuales atraviesa la actividad probatoria, de seguidas pasaremos al análisis de cada uno de ellos, pero previamente nos referiremos a los casos excepcionales donde se tramitan los procedimientos sin necesidad del precitado lapso, a cuyo efecto y en los términos del artículo 388 del Código de Procedimiento Civil, tenemos que […] *Al día siguiente al vencimiento del lapso del emplazamiento para la contestación de la demanda, sin haberse logrado la conciliación ni el convenimiento del demandado, quedará el juicio abierto a pruebas, sin necesidad de decreto o providencia del Juez, a menos que, por deberse decidir el asunto sin pruebas, el Juez lo declare así en el día siguiente a icho lapso*."

En el procedimiento ordinario civil escrito que comienza previa la presentación de una demanda que introduzca el accionante, luego de admitirse la misma siempre que no sea contraria al orden público, las buenas costumbres o a alguna disposición expresa de la Ley, conforme a lo previsto en el artículo 341 *ejusdem*, vencido el lapso de emplazamiento, esto es, el lapso de veinte días de despacho siguientes a la constancia en autos de la citación del demandado, de pleno derecho y sin necesidad de decreto o providencia -*ope legis*- el proceso quedará abierto a pruebas, computándose al efecto, al día de despacho siguiente al vencimiento del citado lapso de emplazamiento inclusive, el cual debe dejarse transcurrir íntegramente conforme a lo previsto en el artículo 344 *ibidem* y en función del principio de preclusión de los lapsos procesales, el lapso de quince días de promoción de medios probatorios, donde las partes podrán elevar al conocimiento del órgano jurisdiccional los medios de pruebas que utilizarán o de los cuales se harán valer para demostrar sus extremos de hecho tanto de pretensión como de la excepción, para allegar las fuentes que sirvan para la verificación de los hechos por comparación y en definitiva para la convicción judicial. De esta manera y vencido el lapso de emplazamiento sin que se haya llegado la conciliación o el convenimiento del demandado, de pleno derecho y sin necesidad de decreto o providencia alguna por parte del órgano jurisdiccional, el proceso queda abierto a pruebas por un lapso de quince días de despacho, para que las partes aporten al proceso o promuevan todas aquellos medios que utilizarán para demostrar los hechos enunciados y controvertidos en el proceso.

No obstante a lo anterior si bien la regla es que el proceso luego de vencido el lapso de emplazamiento sin que se haya logrado la conciliación o el convenimiento del demandado, de pleno derecho se abre a pruebas, lo cual es conocido como los denominados "procesos de hecho", la norma contenida en el artículo 388 del Código de Procedimiento Civil, contempla la posibilidad que el proceso no se abra a pruebas, siendo esta la excepción a la regla que recibe la denominación de *"juicios de derecho"*, señalando la precitada norma que […] *a menos que, por deberse decidir el asunto sin pruebas...*"

Estos son los denominados "procedimientos de derecho", donde por vía de excepción se permite la supresión del lapso probatorio, no abriéndose el proceso a pruebas, que como señaló nuestro padre Humberto BELLO-LOZANO MARQUEZ, se trata de una regulación legislativa con una redacción poco feliz, pues cuando se indica en el precitado artículo 388 que […] *a menos que, por deberse decidir el asunto sin pruebas...*" lo que se repite en el artículo 392 al señalar […]*Si el asunto no debiere decidirse sin pruebas.."* precisamente se está contrariando el principio esencial de la "necesidad de la prueba", a lo que se suma el hecho que una cosa es que no se necesiten pruebas y otra muy diferente es que no haya necesidad de abrir el lapso probatorio. De esta manera no resulta lógico ni acertado establecer que el proceso puede ser decidido con ausencia del material probatorio, ya que en general y salvo casos de estricta legalidad, de máximas de experiencia y sucedáneos de prueba, será el material probatorio el que le indicará al judicante cual de las versiones afirmadas o negadas y controvertidas en el proceso, será la que debe establecer, verificar y declarar en la sentencia, por lo que ante la falta de pruebas o su insuficiencia para establecer los hechos y conducir a la convicción judicial, salvo que los hechos estén expresamente admitidos o aceptados, incluso eximidos de prueba, la única fórmula o regla que puede utilizar el judicante para emitir su pronunciamiento, donde acoja la pretensión del actor o la excepción del demandado, será la carga de la prueba, fallando en consecuencia contra aquel sujeto que en el proceso tenía el interés de demostrar los hechos que sirven de sustento de la norma jurídica que contenía la consecuencia jurídica solicitada, de aportar las pruebas de los hechos y no lo hizo, todo con el fin de no producir una sentencia inhibitoria o un *non liquen* o *non proven*.

El hecho de no existir actividad probatoria en el proceso como consecuencia de la conducta desgarbada de los sujetos procesales, que activa la regla de la carga de la prueba para que el operador de justicia pueda emitir su acto sentencial, bajo ninguna circunstancia contraría el principio de la necesidad de la prueba, pues si bien es cierto las pruebas son indispensables para que el sentenciador pueda establecer la verdad de los hechos, la carga de la prueba no constituye una excepción a dicho principio, sino una fórmula procesal que le permitirá determinar contra quien fallar, por lo que en el proceso efectivamente se requiere de la presencia o existencia del material probatorio, todo lo cual se traduce en que resulta desatinada la redacción legislativa que insinúa la posibilidad de decidir un proceso sin pruebas.

Afirmamos que con nuestro padre que la incorrecta redacción legislativa debe entenderse como la posibilidad que el proceso no se abra a pruebas, vale decir, que pueda suprimirse el lapso probatorio, hecho éste totalmente diferente a pretender que en el proceso puede decidirse sin pruebas –aunque es posible como indicamos- ya que lo permitido por la ley no es la ausencia de pruebas sino la no apertura del lapso probatorio, circunstancia ésta que viene corroborada por el comienzo del artículo 389 del Código de Procedimiento Civil, que expresa […] *No habrá lugar al lapso probatorio…"*

Puesto en este estado el asunto que estudiamos, pasemos a analizar los casos donde hay supresión del lapso probatorio.

3.1. Procedimiento con supresión del lapso probatorio. Los llamados "juicios de derecho".

La posibilidad de supresión del lapso probatorio en el marco del sistema de procedimiento civil ordinario y escrito se ubica en el artículo 389 del Código de Procedimiento Civil, que señala […] *No habrá lugar al lapso probatorio. 1°. Cuando el punto sobre el cual versare la demanda, aparezca, así por ésta como por la contestación, ser de mero derecho. 2°. Cuando el demandado haya aceptado expresamente los hechos narrados en el libelo y haya contradicho solamente el derecho. 3°. Cuando las partes, de común acuerdo, convengan en ello, o bien cada una por separado pida que el asunto se decida como de mero derecho, o solo con los elementos de prueba que obren ya en autos, o con los instrumentos que presentaren hasta informes. 4° Cuando la Ley establezca que sólo es admisible la prueba instrumental, la cual, en tal caso, deberá presentarse hasta el acto de informes.*" Esta norma contempla los casos excepcionales donde habrá supresión o prescindencia del lapso probatorio -juicios de derecho- cuyos supuestos pasamos a analizar.

El primer caso previsto en la norma se refiere a la supresión del lapso probatorio cuando el ***punto sobre el cual versare la controversia fuera de mero derecho***, lo cual se traduce que en el proceso no se están discutiendo hechos, que son precisamente el tema de la prueba, sino puntos de derecho, tal como sucede en los casos donde se discute la constitucionalidad o no de una norma legal, o cuando en un proceso laboral se demandan prestaciones sociales y el patrono al momento de contestar la demanda acepta los hechos pero argumenta en su defensa que los conceptos reclamados no se encuentran amparados por la Ley Orgánica que regula la materia del trabajo, sino por un contrato colectivo que establece conceptos diferentes a los reclamados. En estos casos pueden observarse claramente, que no existe discusión sobre la cuestión de hecho, por el contrario, el punto controvertido sobre el cual versa la demanda y como consecuencia de la contestación producida es de mero derecho, pues aquí lo único que debe determinar el operador de justicia es si efectivamente la norma resulta o no inconstitucional o si se aplican las disposiciones de la Ley Orgánica que regula la materia del trabajp o del contrato colectivo. También puede presentarse cuando la demanda versa sobre la interpretación o alcance

de una estipulación contractual, respecto de la cual no ha podido haber acuerdo entre las partes, tocándole al operador de justicia determinar el contenido de la misma y los derechos y obligaciones de uno u otro litigante que se deriven del contrato. Ante la ausencia de hechos que demostrar en el proceso, pues la reclamación es de mero derecho, tanto por sí como por la contestación, resulta totalmente inútil e innecesario que el proceso se abra a pruebas, por no existir hechos que demostrar.

El segundo caso a que se refiere la norma se trata de la circunstancia de ***haber el demandado en su contestación aceptado expresamente los hechos expuestos por el actor en su libelo de demanda y contradicho exclusivamente el derecho pretendido***, tal como sucede en los casos donde el demandado, en las reclamaciones judiciales por resolución o cumplimiento de un contrato de arrendamiento por vencimiento del término, fundamentado en el Código Civil o en la Ley especial que regule la materia, acepta los hechos pero contradice el derecho aduciendo que lo ampara el beneficio de la prórroga legal previsto en la Ley especial, caso en el cual no se requerirá de la apertura del lapso probatorio, pues no existen hechos controvertidos sobre los cuales deba recaer el tema de la prueba, toda vez que los mismos han quedado establecidos y demostrados en el proceso, siendo el objeto de controversia la aplicación de uno u otro cuerpo normativo.

En relación al tercer caso el mismo contempla cuatro supuestos referidos a la supresión del lapso probatorio, como lo son: 1. El acuerdo de voluntad de las partes cuando éstas acudan al proceso conjuntamente y convengan sobre ésta circunstancia; 2. Cuando hagan concurrir su voluntad de suprimir el lapso en forma separada; 3. Cuando soliciten al judicante que se dicte sentencia con los solos elementos probatorios que cursen u obren en autos, caso éste donde y como se trata de la supresión del lapso probatorio, solo pueden existir dos actos procesales como o son la demanda y la contestación, las únicas pruebas que pudieran cursan en autos en esa oportunidad serían: **La prueba instrumental pública –negocial o administrativa- o privada fundamental** que se aportara junto al libelo de la demanda; **la prueba instrumental pública negocial o privada reconocida aportada por el demandado en la contestación de la demanda**; **la prueba de confesión provocada o posicione juradas** promovida por el accionante junto al libelo de la demanda o por el demandado en su contestación –artículo 405 del Código de Procedimiento Civil- que podría ser evacuada al día y hora que se fijara luego del vencimiento del lapso probatorio, siempre que se hubiera producido la citación personal del absolvente; la prueba de **juramento decisorio**, que podría producirse en cualquier momento del proceso; la prueba de **inspección judicial, experticia, reconstrucción, reproducción y pericia científica**, cuando fuera acordada oficiosamente por el operador de justicia, donde no existe lapso procesal alguno para ordenar tal actividad probatoria; y la **prueba indiciaria** producto de la conducta procesal de las partes, la cual igualmente pudiera producirse en cualquier momento procesal, pues en relación a todos los demás medios

probatorios, tendrían que ser producidos en el lapso de promoción de pruebas que se estaría suprimiendo. El último caso regulado en el artículo 389.4 que comentamos es cuando se solicite al judicante emita su fallo con los instrumentos que presenten hasta informes, donde debemos precisar que los instrumentos que pueden aportarse hasta los informes serían los públicos negociales no fundamentales, pues de tratarse de instrumentos públicos administrativos y privados, o se aportan junto al libelo de la demanda cuando son fundamentales, salvo los casos excepcionales y permisibles del artículo 434 del Código de Procedimiento Civil, o en el lapso de promoción de pruebas que se suprimirá.

Volviendo al análisis del último de los supuestos a que se refiere el artículo 389.3 del Código de Procedimiento Civil, observamos que de tratarse de instrumento públicos negociales fundamental, la parte podrá invocar algunas de las excepciones contenidas en el artículo 434 *ejusdem*, para no aportar la prueba junto al libelo de la demanda, caso en el cual de haber supresión del lapso probatorio y conforme a lo previsto en el artículo 435 *ibidem*, podría la parte incorporar el instrumento en cualquier momento procesal hasta los informes de la instancia. Pero del contenido artículo 434 se aprecia que es admisible en una oportunidad distinta al libelo de la demanda, la presentación de instrumentos fundamentales, ***siempre que se hubiera señalado o indicado en el libelo la oficina o lugar donde se encuentren***, pues precisamente tratándose de instrumentos fundamentales, el demandado debe tener el derecho de conocer y cuestionar el mismo y aún cuando no sea incorporado junto a la demanda, se ha señalado el lugar u oficina donde puede compulsarse o revisarse para así garantizar el cabal ejercicio del derecho a la defensa –contradicción, impugnación o tacha del instrumento, in incluso desconocimiento-. En este sentido y aún cuando la norma en comento no hace distinción si en éste primer caso de excepción se refiere a instrumentos públicos –negociales o administrativos- o privados, afirmamos que es viable que se trate de cualquier de los dos, pues resulta posible que tratándose de instrumentos privados, los mismos se encuentren depositados en una oficina o lugar determinado donde pueda ser compulsados o consultados por el demandado para ejercer su derecho a la defensa, pero en todo caso y tratándose de instrumentos públicos o privados, debe tratarse de lugares u oficinas de fácil acceso a la parte demandada para poder compulsar o revisar el instrumento, todo lo cual no coloca en la idea que se trata –al referirse la ley a lugares u oficinas- de sitios públicos donde se encuentren depositados los instrumentos.

Estos instrumentos públicos que no se acompañen junto al libelo de la demanda, podrán ser presentados en cualquier momento procesal hasta los informes –artículo 435 del Código de Procedimiento Civil- siempre que el accionante hubiera hecho valer el contenido de la norma –artículo 434 *ejusdem*- y hubiera señalado el lugar –sitio u oficina- donde pudieran encontrarse, de lo contrario, sin señalamiento expreso por parte del accionante no podría aportarse posteriormente so pena de extemporaneidad; pero si se trata de instrumentos públicos administrativos o privados fundamentales, en

caso de supresión del lapso probatorio, no habría oportunidad procesal para su incorporación al proceso, de manera que tratándose de instrumentos de esta tipo si no fueron aportados al libelo de la demanda como consecuencia de la excepción prevista en el artículo 434 del Código de Procedimiento Civil, al producirse la supresión del lapso probatorio no podrían ser aportados legalmente al proceso en una futura oportunidad, salvo que las partes de común acuerdo lo aceptaran, pues dichos instrumentales solo podría producirse en el lapso de promoción de pruebas como lo hemos estudiado.

En el segundo de los casos de la norma en comento, referido a que los ***instrumentos fundamentales fueran de fecha posteriormente a la demanda****,* el mismo no requiera de mayor explicación, pues para el momento en que se presentó la misma no existían, lo que permite su aportación en otro momento, es decir, en el lapso de promoción de pruebas si se trata de instrumentos privados o en cualquier momento hasta los informes si se trata de instrumentos públicos, pero siendo que se está analizando la supresión del lapso probatorio, si se trata de instrumentos públicos administrativos o privados fundamentales posteriores a la demanda, no habría oportunidad para su incorporación al proceso, salvo que las partes de común acuerdo lo acordaran.

En cuanto a instrumentos fundamentales no aportados junto a la demanda ***por no tenerse conocimiento de su existencia***, afirmamos que en todo caso la circunstancia del desconocimiento debe quedar demostrada en autos, pero tratándose de un hecho negativo, el accionante quedaría eximido de la prueba de tal hecho –ignorancia o desconocimiento de la existencia de la prueba instrumental- correspondiéndole al demandado, la prueba del hecho positivo en contrario referido a que el accionante sí tenía conocimiento del instrumento al momento de proponer la demanda y no obstante a ello no lo aportó junto a la misma. Si el accionante hace valer este caso de excepción, al demandado correspondería desvirtuar el hecho negativo mediante el hecho positivo en contrario, como lo sería –se insiste- el conocimiento que tenía el actor de la existencia del instrumento, lo que se traduce en que al ampararse el actor en esta causal de excepción y ante la ausencia de la prueba del hecho positivo en contrario, de tratarse de una prueba instrumental pública negocial, podría aportarse hasta los informes y de tratarse de un instrumental pública administrativa o privada, si se suprime el lapso probatorio, no habría oportunidad de aportación, salvo el común acuerdo entre las partes.

Si el proceso se tramita o debe decidirse con supresión del lapso probatorio, afirmamos que si dicha supresión tiene su origen en el mutuo acuerdo de voluntad de las partes, el operador de justicia podría en búsqueda de la verdad, hacer uso de las diligencias probatorias contenidas en el artículo 401 del Código de Procedimiento Civil, más si fue el propio juez quien consideró que el proceso debía tramitarse como de derecho, en los casos de los ordinales 1°, 2° y 4° del artículo 389 del Código de Procedimiento Civil, ya no podría hacer uso de esa actividad oficiosa, pues fue el propio judicante quien

consideró que no se requería de actividad probatoria en el proceso o que la única admisible era la instrumental en los términos estudiados. En todo caso el judicante no podría enmendar su error de considerar el juicio como de mero derecho, a través de su actividad probatoria oficiosa.

Por último y en cuando al cuarto ordinal de la norma en estudio –artículo 389 del Código de Procedimiento Civil- se permite la supresión del lapso probatorio cuando ***la Ley establezca que la única prueba admisible sea la instrumental***, la cual deberá presentarse hasta los informes. De tratarse de una prueba instrumental pública negocial fundamental, la misma deberá incorporarse al proceso en el propio libelo de la demanda y excepcionalmente hasta los informes, cuando se trate de los casos del artículo 424 del Código de Procedimiento Civil; en tanto que si se trata de instrumentos públicos administrativos o privados, los mismos sólo podrían producirse en el libelo de la demanda de ser fundamentales, pues al haber supresión del lapso de pruebas, no podría incorporarse al proceso éstos instrumentos en otra oportunidad, tal sería el caso de demandas de divorcio fundamentadas en artículo 185.5 del Código Civil, referida a la condenatoria a presidio conforme a lo previsto en el artículo 760 *ejusdem*, por lo que al estar en presencia de un proceso de mero derecho, cuya única prueba demostrativa de la existencia de la causal es la sentencia firme y condenatoria, la cual constituye una instrumental pública fundamental, no habría necesidad del lapso probatorio. Dicha prueba en el caso de ejemplo, tendría que aportarse junto al libelo de la demanda o excepcionalmente hasta los informes en los casos del artículo 434.

Refiriéndonos al trámite procedimental de los procesos de derecho, conforme a lo previsto en los artículos 388, 390 y 391 del Código de Procedimiento Civil, vencido el lapso de emplazamiento, el cual debe dejarse transcurrir íntegramente como lo dispone el artículo 344 *ejusdem*, el operador de justicia deberá emitir el pronunciamiento sobre la supresión del lapso probatorio o no apertura del mismo, al día de despacho siguiente al vencimiento del lapso antes referido, siendo importante destacar que de no producirse el pronunciamiento en ésta oportunidad, cuando el mismo llegue a emitirse, los lapsos para ejercer los recursos procesales estarán en suspenso hasta que se produzca la notificación de las partes. De emitirse el pronunciamiento sobre la supresión del lapso probatorio en tiempo oportuno, comenzará inmediatamente -al día de despacho siguiente inclusive- a computarse un lapso de cinco días de despacho -artículos 291 y 298 del Código de Procedimiento Civil- para que las partes recurran contra el auto, apelación ésta que será oída libremente, todo ello a propósito que en los casos a que se refiere el ordinal

tercero del artículo 389 *ibidem*, no cabe recurso alguno, pues es la voluntad de las partes las que han producido la supresión del lapso probatorio.[477]

Como hemos venido señalando al día de despacho siguiente al vencimiento del lapso de emplazamiento, el juez deberá dictar el auto donde declare que el proceso no se abrirá a pruebas, auto éste que conforme a lo normado en el artículo 391 del Código de Procedimiento Civil, deberá indicar que ejecutoriado como quede el mismo, al décimo quinto día de despacho siguiente, a la hora que se fije, tendrá lugar el acto de informes. A tal efecto el artículo en cuestión expresa […] *Ejecutoriado dicho auto, se procederá al acto de informes en el décimo quinto día siguiente a la ejecutoria, a la hora que fije el Tribunal*." Observemos de la norma señala que el acto de informes será al décimo quinto día de despacho siguiente a ejecutoriado el auto que resuelva no abrir el proceso a pruebas, entendiéndose como ***ejecutoriado***, aquel auto que haya quedado definitivamente firme, bien como consecuencia de no haberse ejercido los recursos correspondiente, bien como consecuencia de haberse ejercido los recursos extemporáneamente, incluso por haber sido confirmado por el tribunal de alzada como consecuencia del ejercicio del recurso de apelación, de manera que estando el auto que decide no abrir el proceso a pruebas sujeto a recurso de apelación, el término para la presentación de los informes comenzará a correr en los siguientes momentos:

a. A partir del día de despacho siguiente al vencimiento del lapso de cinco días de despacho que tienen las partes para recurrir del auto que decide no abrir el proceso a pruebas, siempre que el mismo no se haya ejercido;[478]
b. A partir del día de despacho siguiente al recibo por auto expreso del expediente proveniente del tribunal de alzada -que se encuentra conociendo del recurso de apelación contra el auto que decidió no abrir el proceso a pruebas- siempre que el mismo haya sido confirmado por la superioridad, pues de lo contrario el lapso que comenzará a computarse -de ser revocado el auto donde se decidió no abrir el proceso a pruebas- será el de promoción de pruebas. Agreguemos también que la decisión del tribunal de alzada que conozca de la apelación contra el auto que ordenó suprimir el lapso probatorio, no está sujeto a recurso de casación de inmediato, aunque puede acceder a la Casación por vía indirecta o refleja cuando se recurra de la sentencia definitiva de última instancia y que permita el ejercicio del recurso de casación.

Pero como puede observarse de la norma en estudio, el operador legislativo impone al judicante la obligación de fijar en el auto que decida no abrir el proceso a pruebas, una hora determinada para que

---

[477] Si el proceso que discurre es de carácter mercantil, conforme a lo previsto en el artículo 1.114 del Código de Comercio, el lapso para recurrir de la decisión interlocutoria donde se suprima el lapso probatorio, será de tres días de despacho y la misma se oirá libremente.

[478] Debe advertirse como se expresara anteriormente, que en caso de ser el proceso de naturaleza mercantil, el lapso de apelación será de tres días de despacho.

se presenten los informes, lo cual involucra que la presentación de los informes no sea como tal un acto procesal de partes en los términos de los artículos 511 y 517 del Código de Procedimiento Civil, que permiten presentar los informes de la instancia y de la alzada a cualquiera de las horas de despacho de los días correspondiente en que deban presentarse los informes, sino un acto procesal del órgano jurisdiccional donde intervendrán las partes, pues conforme a la redacción de la norma contenida en el artículo 391 *ejusdem*, deberá realizarse un acto formal, que deberá ser previamente anunciado a la hora indicada por el auto que ordene no abrir el proceso a pruebas, de donde concluimos que de no fijarse la hora correspondiente en dicho auto para la presentación, más aún para la realización del acto de informes, el proceso estaría viciado de nulidad pues se estarían lesionando las formas procesales que involucran el debido proceso legal, el cual constituye una garantía constitucional que debe respetarse en todo estado y grado del proceso.

Sin perjuicio de lo anotado en el estado actual constitucional y conforme a la orientación garantista la previsión legal en comento resulta lesiva de los derechos fundamentales, pues si pensamos que en los procesos donde no hay supresión del lapso probatorio, la posibilidad de presentación de informes escritos en a cualquiera de las horas de despacho, no existe justificación para limitar a una hora determinada cuando se suprima dicho lapso, lo que nos permite afirmar que contrario a lo sostenido en el párrafo precedente, el no señalamiento de la hora para los informes un vicia de nulidad el acto y más aún, la fijación de la precitada hora no impide aunque las partes puedan presentar sus informes en la oportunidad correspondiente pero fuera de la hora señalada, vale decir, dentro de las horas de despacho del día de los informes.

Sin perjuicio de lo expresado y con relación al señalamiento de la hora para la presentación de los informes, los probacionistas Humberto BELLO LOZANO[479] y Humberto BELLO LOZANO-MÁRQUEZ,[480] mantienen el criterio que los mismos deben ser presentados al décimo quinto día siguiente, a la hora que tenga a bien fijar el tribunal, por lo que los informes deberán presentarse a dicha hora y no en cualquiera de aquel día de las fijadas en la tablilla, a diferencia de lo que ocurre cuando sí se abre el lapso probatorio, en cuyo caso no existe propiamente un acto de informes.

3.2. Lapso de promoción de medios probatorios. Forma de promoción de medios probatorios.

Anteriormente analizamos los denominados procesos de derecho donde hay la supresión del lapso probatorio, pero cuando se trata de procesos de hecho, donde sí se requiere la necesidad de abrir el

---

[479] Humberto BELLO LOZANO. Ob. cit. pp. 55 y ss.
[480] Humberto BELLO-LOZANO MARQUEZ. Ob. cit. p. 127.

momento probatorio por existir hechos afirmados o negados como fundamentos de la pretensión o excepción y controvertidos, sobre los cuales debe recaer la actividad probática y probatoria de las partes, como se ha venido señalando *ope legis* sin necesidad de decreto o providencia del judicante, siempre que vencido el lapso de emplazamiento no se hubiese logrado la conciliación ni el convenimiento –autocomposición procesal- la causa quedará abierta a pruebas por un lapso de quince días de despacho para promoverlas, todo conforme a lo previsto en el artículo 392 del Código de Procedimiento Civil, que expresa […] *Si el asunto no debiera decidirse sin pruebas, el término para ellas será de quince días para promoverlas y de treinta para evacuarlas, computado como lo indica el artículo 197, pero se concederá el término de la distancia de ida y vuelta para las que hayan de evacuarse fuera del lugar del juicio*." Por su parte el artículo 396 *ejusdem*, señala […] *Dentro de los primeros quince días del lapso probatorio deberán las partes promover todas las pruebas de que quieran valerse, salvo disposición especial de la Ley. Pueden sin embargo, las partes, de común acuerdo, en cualquier estado y grado de la causa, hacer evacuar cualquier clase de prueba en que tenga interés*."

El lapso de promoción o proposición de medios probatorios será de quince días de despacho, los cuales se computarán a partir del vencimiento del lapso de emplazamiento que deberá dejarse transcurrir íntegramente, donde las partes realizarán la actividad de proposición de los medios de pruebas que consiste -como los expresáramos en otro momento- en el acto de parte en virtud del cual se pone en conocimiento del órgano jurisdiccional, los medios probatorios que utilizará para demostrar sus extremos de hecho controvertidos afirmados o enunciados, que son presupuesto de las normas jurídicas contentivas de las consecuencias que piden, a los fines que sean analizados y en consecuencia admitidos o rechazados por el tribunal; pero obsérvese que la norma antes transcrita señala que todos los medios probatorios que quieran utilizar las partes para demostrar sus extremos de hecho, deberán ser propuestos en el lapso de promoción de pruebas, salvo disposición especial de la Ley, a cuyo efecto y como hemos expresado en otra parte de este mismo capítulo, existen medios de prueba de promoción excepcional, que escapan al lapso de promoción que estudiamos que y para no repetir lo mismo remitimos al lector a lo ya dicho.

Pero el propio artículo 396 permite la evacuación de pruebas fuera de las oportunidades que hemos señalado, siempre que concurran las voluntades expresas de las partes, de donde se infiere que si una de ellas propone la evacuación de alguna prueba fuera de sus oportunidades legales, necesariamente la otra debe consentirlo expresamente para que pueda materializarse, ya que el silencio de la parte no proponente, no podría considerarse como aceptación tácita ello por la necesidad de la manifestación expresa del consentimiento que exige la norma legal.

En cuanto a la forma de promoción de los medios probatorios, además de tener que ser los mismos legales, pertinentes, relevantes o útiles, conducentes o idóneas, lícitos, temporáneos y

regularmente propuestos, de tener que cumplir con las exigencias, requisitos o formalidades de promoción en cada medio en particular -regularidad en la promoción de la prueba- debe indicarse en forma expresa y sin dudas de ningún tipo, el objeto de cada prueba promovida, es decir, los hechos enunciados o afirmados y controvertidos que se pretenden demostrar con cada medio propuesto, pues es será ésta la única forma de determinar si el medio propuesto es pertinente, relevante, conducente, lícito entre otras circunstancias, todo lo cual nos coloca en el campo de la identificación del objeto de la prueba o apostillamiento.

Pero **¿qué es la identificación del objeto de la prueba o apostillamiento?**

La identificación del objeto de la prueba o su apostillamiento es un requisito que se exige al proponente del medio probatorio de identificar los hechos –afirmaciones o negaciones- controvertidos que pretende demostrar con los medios que promueve, ya que mediante el cumplimiento de este requisito es que podrán las partes convenir con alguno o algunos de los hechos que se tratan de probar, en los términos del artículo 397 del Código de Procedimiento Civil, y se le permitirá al judicante en aplicación del artículo 398 *ejusdem,* ordenar que se omita toda declaración o prueba sobre aquellos hechos en que aparezca claramente convenidas las partes, todo ello a propósito de ser la única forma de garantizar el cumplimiento de los deberes de lealtad y probidad procesal, evitando que se utilicen los medios probatorios para demostrar hechos no controvertidos ni debatidos en el proceso, es decir, hechos diferentes a los que se pretendían demostrar cuando se promovió la prueba. De esta manera tenemos que las partes al momento de proponer sus medios de prueba, deben indicar en forma expresa cual es el objeto de los mismos, cuales son los hechos enunciados, afirmados o negados que pretenden demostrar, sin lo cual los medios serán inadmisibles por haber sido irregularmente promovidos o por defecto u omisión en su promoción .

El "apostillamiento" del medio probatorio nos dice MUÑOZ SABATÉ el razonamiento que se hace para proponer una prueba al objeto de convencer de su necesidad y evitar una posible declaración de inadmisbilidad, razonamiento –indica- que debe ser somero para evitar que se convierta en un nuevo acto de alegaciones.[481] Indicamos que el cumplimiento de este presupuesto del medio de prueba resulta una garantía para los administrados de saber qué hechos enunciados y controvertidos pretenden demostrarse con las pruebas propuestas, lo cual les permite oponerse a las mismas por ilegales, impertinentes, irrelevantes, inidóneas o inconducentes, por lo que y ante la falta de señalamiento del objeto de los medios de prueba se una producirá indefensión a la parte no proponente, quien se verá atado de manos al no poder oponerse a su admisión como consecuencia de la falta de apostillamiento; igualmente la identificación del objeto de la prueba permite al operador de justicia realizar una mejor

[481] Lluís MUÑOZ SABATÉ. Fundamentos de Prueba Judicial Civil L.EC. 1/2000. p. 234.

calificación, escogencia y filtro de los medios de prueba promovidos, pues mediante el cumplimiento de este requisito es que podrá analizar los elementos de pertinencia, relevancia, conducencia, idoneidad e legalidad, incluso de licitud del medio propuesto para su admisión.

Es éste el criterio que ha sostenido la Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia, aún cuando dicho requisito no se encuentra previsto en forma expresa en el Código de Procedimiento Civil, pero que es de deducción legal y lógica del contenido de los artículos 396 y 397 del Código de Procedimiento Civil, dado que la actividad de oposición a la admisión de pruebas, convenimiento sobre los hechos y las pruebas promovidas así como la propia admisión de la prueba, se verían limitados, impedidos e incluso hasta frustrados en ocasiones, al no identificarse el objeto de la prueba, todo lo cual incluso obstaculiza la posibilidad de fomentar el juego sucio en materia probatorio, al eliminarse el elemento sorpresa con la prueba que se propone.

Pero la identificación del objeto de la prueba debe ser analizado en relación a la oportunidad procesal en que se aporta al proceso el medio probatorio, pues si se trata de pruebas –medios- que deben aportarse junto al libelo de la demanda, afirmamos que esta exigencia debe atenuarse, pues no encontrándose para este momento trabada la litis resultaría difícil identificar el objeto de la prueba, lo cual por demás no lo impide, tal como sería el caso de la identificación del objeto de la prueba en materia de testigos que se propongan junto al libelo de la demanda, como sucede en materia de niños, niñas y adolescentes, incluso en materia laboral, donde las pruebas se proponen en la audiencia preliminar sin que todavía la litis se hubiera trabado, todo lo cual impide identificar el objeto de la prueba. Como indicamos esta ha sido la posición de la Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia, en cuanto a la forma como deben promoverse los medios de pruebas en el proceso, resultando inadmisible, todas aquellas pruebas que hayan sido promovidas sin especificar, explicar o determinar en forma expresa, cual es el objeto perseguido con la prueba promovida, requisito éste de promoción que ha sido denominado como de "*identificación del objeto de la prueba*" conforme a la doctrina que transcribimos a continuación:

> Por lo que respecta a las pruebas, aparte de los requisitos antes dichos, valederos para todo tipo de actuación de las partes en el proceso, existen requisitos relativos a los medios de prueba y condiciones propias de las diligencias probatorias realizadas por las partes o por el tribunal al pretender incorporar a los autos aquellos medios de prueba.
>
> …omissis…
>
> Las normas anteriores revelan que los medios probatorios están sujetos a condiciones intrínsecas que inciden directamente en su admisión y que están previstas en el artículo 398 del Código de Procedimiento Civil, relativas a su legalidad o pertinencia y además que, también en materia de pruebas rige todo lo expuesto anteriormente en cuanto al modo,

lugar y tiempo de los actos procesales. Así vemos como el citado artículo 396 establece que dentro de los primeros quince días del lapso probatorio deben las partes promover todas las pruebas de que quieran valerse. Esto nos señala que se debe respetar el principio de la preclusión, razón por la cual toda prueba promovida fuera de ese lapso de quince días será extemporánea, excepto que alguna norma especial consagre lo contrario, como sucede con el instrumento fundamental de la pretensión, el cual deberá acompañarse con el libelo o indicar en él, la oficina o lugar donde se encuentre, so pena de que no se le admita después, a menos que sea de fecha posterior al libelo o que siendo anterior, el demandante no tuvo conocimiento de él, tal y como disponen los artículos 340 ordinal 6º y 434 del Código de Procedimiento Civil.

También según el postulado de dicha norma, la diligencia probatoria debe realizarla el interesado y por ello, señala que deberán las partes, promover *todas* cuantas pruebas quieran usar; dejando en claro que al referirse a partes, se está haciendo mención a todo legitimado y no únicamente al actor y al accionado sino también al posible tercerista, sin incluir dentro de su ámbito de aplicación al Juez, por cuanto éste podrá ordenar la experticia o la inspección cuando lo considere conveniente o podrá usar sus facultades de prueba previstas en los artículos 401 o 514 del Código de Procedimiento Civil.

Independientemente que, los escritos de prueba estén redactados en castellano, por la persona interesada y presentados dentro de las circunstancias de tiempo y de lugar antes dichas, **existe un requisito de naturaleza intrínseca no del medio probatorio sino de la diligencia por medio de la cual se le lleva a los autos que incide directamente ya no sobre la admisibilidad del medio sino sobre la validez de la actuación con la cual se le produce y ese requisito no es otro sino la identificación del objeto de la prueba.**

Así tenemos que el artículo 397 del Código de Procedimiento Civil, ordena a las partes "…*expresar si conviene en alguno o algunos de los hechos que trata de probar la contraparte, determinándolos con claridad, a fin de que el Juez pueda fijar con precisión los hechos en que estén de acuerdo, los cuales no serán objeto de prueba. Si alguna de las partes no llenare dicha formalidad en el término fijado, se considerarán contradichos los hechos."* y por su parte el artículo 398 eiusdem ordena al Juez providenciar "…*los escritos de pruebas admitiendo las que sean legales y procedentes y desechando las que aparezcan manifiestamente ilegales o impertinentes. En el mismo auto, el Juez ordenará que se omita toda declaración o prueba sobre aquellos hechos en que aparezcan claramente convenidas las partes"*

Es fácil comprender cómo, para que la parte pueda manifestar si conviene o no con los hechos que su contrario trata de probar y para que el Juez pueda fijar con precisión los hechos en que estén de acuerdo las partes y ordenar que se omita toda declaración o prueba sobre ellos, es necesario que en el escrito de promoción de cada una de las partes se hayan indicado de manera expresa y sin duda de ningún tipo, los hechos que pretende demostrar con cada medio de prueba promovido.

Además, es la única manera de garantizar el cumplimiento de los deberes de lealtad y probidad procesales impuestos a las partes al impedir de esa manera que el contrario del promovente y el propio tribunal sean sorprendidos al utilizar un determinado medio probatorio para verificar hechos diferentes a los que ellos creyeron cuando se promovió.

Esta circunstancia ha sido recogida por la Sala Plena del Tribunal Supremo de Justicia, cuando en sentencia de fecha 8 de junio del año en curso sostuvo lo siguiente:

"...La Sala Plena Accidental advierte que el querellante indicó los hechos que a su juicio constituyen los *delitos de malversación específica o sobregiro presupuestario y tráfico de influencias. Sin embargo, se limitó a enunciar las pruebas que a su juicio evidencian la comisión de tales hechos punibles, sin indicar el contenido de ellas y lo que demuestran. Al respecto, el Magistrado de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, Doctor JESÚS EDUARDO CABRERA ROMERO, ha expresado lo siguiente:*

"Sólo expresando con precisión lo que se quiere probar con el medio que se ofrece, puede el Juez decidir si dicho objeto es o no manifiestamente impertinente, y por ello (sic) el Código de Procedimiento Civil (sic) de manera puntual requirió la mención del objeto del medio en varias normas particulares (arts. 502, 503, 505, 451, 433 y 472) y en forma general en el artículo 397, quedando exceptuados de dicha carga al promoverse la prueba: las posiciones juradas y los testigos, donde el objeto se señalará al momento de la evacuación. Todas estas normas buscan una mejor marcha del proceso, tratan de precisar lo pertinente, tratan de evitar que el Juez tenga que realizar la labor de valoración que le impone el art. 509 del CPC, sobre medios que por inadmisibles no se les ha debido dar entrada.

Pero la realidad ha resultado distinta a la que previno el CPC. A diario vemos en los Tribunales como se promueven medios sin señalarles que se quiere probar con ellos, (sic) y los Jueces los admiten. Es corriente leer escritos donde se dice 'Promuevo documentos (públicos o privados) marcados A, B y C', sin señalar que se va a probar con ellos (sic); o

promuevo foto, inspección judicial, etc., sin indicar que se pretende aportar fácticamente al juicio, y que a pesar de que contrarían al art. 397 en la forma de ofrecerlos, a tales medios se les da curso"... (XXII JORNADAS "J.M. DOMÍNGUEZ ESCOVAR". Derecho Procesal Civil [EL C.P.C. DIEZ AÑOS DESPUÉS], Pág. 247).

Igualmente, ha sostenido el Magistrado Cabrera Romero en su obra "Contradicción y Control de la Prueba Legal y Libre" Tomo I, lo siguiente:

"...En la mayoría de los medios de prueba, el promovente, al momento de anunciarlos, debe indicar que hechos trata de probar con ellos, por lo que resulta fácil comparar lo que se pretende probar, con los hechos alegados controvertidos y por tanto, calificar o no la pertinencia o la impertinencia manifiesta. Por tratar el objeto de la prueba de afirmaciones sobre cuestiones fácticas que cursan en autos (hechos alegados en la demanda y la contestación), al juez le es atribuida la calificación oficiosa de la pertinencia, medie o no oposición formal, lo que decidirá en el auto de admisión o negativa de prueba, que se dicta como consecuencia de la promoción.

Existen medios que pueden ser propuestos sin necesidad de señalar su objeto, tales como la confesión judicial, que se trata de provocar mediante posiciones juradas, y en el CPC de 1987, la prueba de testigos. Con ambos medios y otros semejantes, la oposición por impertinencia no funciona a priori y debe interponerse con motivo de la evacuación de la prueba, para que no se reciba toda ella o sectores de la misma. La oposición por esta causa queda diferida al instante de su evacuación..."

Esta Sala comparte los criterios expuestos por el citado autor, acogidos por la Sala Plena del Tribunal Supremo de Justicia, **pero con el añadido que también en los casos de prueba de testigos y de confesión debe indicarse el objeto de ellas; es decir, los hechos que se tratan de probar con tales medios.**

En efecto, sólo de esa manera se puede explicar el texto del artículo 398 del Código de Procedimiento Civil, cuando señala que en el auto de admisión de las pruebas el Juez "…*ordenará que se omita toda declaración o prueba sobre aquéllos hechos en que aparezcan claramente convenidas las partes"* (Subrayado de la Sala).

Lo anterior no significa que al momento de promover la prueba, el interesado deba dejar constancia detallada de las preguntas que formulará al testigo o a la contraparte sino que debe exponer la materia u objeto sobre la cual versará la declaración, permitiendo de esa manera saber si lo que trata de probar, con la prueba de testigos, es una obligación superior a dos mil bolívares o lo contrario a

lo que contiene un documento público, o si la confesión versará sobre hechos pertinentes de los cuales la parte tenga conocimiento personal o si se trata de hechos realizados por el apoderado en nombre de su poderdante.

Si no se cumple con este requisito no existirá prueba válidamente promovida, hecho que se equipara al defecto u omisión de promoción de prueba.

Lógicamente, para que pueda existir el vicio de silencio de pruebas es menester que existan pruebas válidamente promovidas desde luego que, de lo contrario, cada vez que un juez valore las resultas de una prueba promovida sin señalar su objeto específico estará quebrantando su deber de decidir conforme a lo alegado y violando el principio de igualdad procesal por sacar elementos de convicción de fuera del proceso, ya que, como se dijo en el punto previo III de este fallo, la actuación procesal inválida equivale a actuación inexistente y por ende ningún efecto puede producir.[482]

Un aspecto interesante del criterio sostenido por la Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia, es precisamente sobre la forma de promoción de la prueba de posiciones juradas o confesión provocada y la prueba testimonial, pruebas éstas en las cuales la doctrina venía señalando que por vía de excepción y para su promoción no se requería del señalamiento expreso del objeto de las mismas, pues al ser formuladas las posiciones o preguntas respectivamente al momento de la materialización o evacuación de las pruebas, era hasta ese momento cuando podría verificarse la pertinencia, relevancia, conducencia, legalidad o licitud de la prueba, quedando de esta manera diferida la oposición para el momento de la evacuación de la prueba -oposición diferida- donde podía la parte oponerse "diferidamente" a la prueba, por ser ilegal, impertinente, irrelevante, inconducente o ilícita, haciendo uso al efecto de la vía de la reclamación o reclamo contenida en el artículo 188 del Código de Procedimiento Civil, quedando obligado el judicante a pronunciarse sobre esta circunstancia en el mismo acto; más el nuevo criterio sostenido por Casación Civilextiende el requisito de la identificación del objeto de la prueba, también a la confesión provocada o posiciones juradas y a la declaración de testigos, exigiéndose al promovente de éstos medios señalar en forma expresa, no las posiciones que se formularán ni las preguntas en caso de testigos, sino la materia u objeto sobre la cual versará la declaración, todo lo cual permite precisar si la prueba promovida es legal, pertinente, irrelevante, conducente o lícita.

---

[482] Sentencia de la Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia, N° 363 con ponencia del magistrado Franklin ARRIECHE GUTIERREZ, de fecha 16 de Noviembre de 2001, expediente N° 00-132. Igualmente Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, sentencia N° 3406 de fecha 04 de Diciembre de 2003, con ponencia del magistrado Jesús Eduardo CABRERA ROMERO, expediente N° 03-1336.

Pero este criterio doctrinado por la Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia, fue modificado o atemperado en los siguientes términos:

> De conformidad con el ordinal 2º del artículo 313 del Código de Procedimiento Civil, denuncian los recurrentes la infracción de los artículos 397 del Código de Procedimiento Civil por falsa aplicación y 482 *eiusdem* por falta de aplicación, por cuanto el juez superior declaró sin lugar la demanda de cumplimiento de contrato de seguro, al considerar que el siniestro no quedó comprobado en el proceso.
>
> Plantean los formalizantes, que hay en el expediente abundante material probatorio que acredita que sí aconteció el siniestro, pero ocurrió que el juez silenció las pruebas que acreditaban ese hecho, entre los que figuran siete testigos promovidos en el año 1995, los cuales fueron desechados por la alzada aplicando unos requisitos para la promoción de la prueba testifical que aparecieron por primera vez en una jurisprudencia dictada por esta misma Sala en el año 2001, sin tomar en consideración que dicha prueba es importante para las resultas del juicio, ya que entre los testigos desechados se encuentra el piloto de la aeronave Paolo Carossi y varios de sus tripulantes.
>
> Indican los formalizantes, que la recurrida estableció en la sentencia que la parte actora en su escrito de pruebas promovió los testigos Paolo Carossi, Edgar Inojosa, Remy Pasternoster, Renato Gobo, José Montelongo, Otto Hohn y Feliciano Ibarra, pero luego consideró que *"...en su promoción no se indicó el objeto de la declaración de los testigos, en tal razón y conforme al criterio acerca del objeto de la prueba establecido por la Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia en fecha 16 de noviembre de 2001* (...) *es imposible el análisis y valoración de la prueba de testigo no promovida en forma correcta. Así se decide..."*.
>
> No obstante lo anterior, alegan los formalizantes que promovieron la prueba testifical el día 14 de junio de 1995 y que para esa época el único requisito exigido era la presentación de la lista de los que debían declarar con expresión del domicilio de cada uno de ellos, de conformidad con el artículo 482 del Código de Procedimiento Civil; además, que en esa época señalar el objeto de la prueba testifical era todavía menos importante, porque su legalidad y pertinencia se controlaba en el momento de su evacuación, es decir, cuando el promovente formulaba la pregunta.
>
> Manifiestan que el criterio del objeto de la prueba se estableció seis años después de haber promovido a los testigos en el presente juicio, lo que les permite deducir que lo hicieron con base a los criterios imperantes para la época, y muy particularmente, de acuerdo con la doctrina sentada por la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia; y, para

ese entonces estaba fuera de su alcance prever que ocurriría un cambio de doctrina seis años más tarde sobre el particular y mucho menos que le sería aplicado retroactivamente para desecharle las probanzas más importantes del pleito.

Por lo expuesto, denuncian que el juez superior aplicó falsamente el artículo 397 del Código de Procedimiento Civil, por cuanto según la doctrina vigente para el año 1995 no imperaba el criterio respecto a la indicación del objeto de la prueba de testigos en el escrito de promoción.

Asimismo, denuncian que el juez debió aplicar el artículo 482 del mismo Código y no lo hizo, a pesar de que la norma regula los únicos requisitos exigidos en el año 1995 para la promoción de los testigos, es decir, su nombre, apellido y domicilio.

Por último, señalan que las infracciones denunciadas fueron decisivas en la suerte del fallo, porque si el juez no hubiese desechado la promoción de esos testigos, hubiese tenido que declarar con lugar la demanda, al haber quedado demostrado el siniestro de la aeronave.

Para decidir la Sala observa:

…omissis…

De conformidad con el precedente jurisprudencial citado, los artículos 397 y 398 del Código de Procedimiento Civil exigen el cumplimiento de la forma procesal relacionada con la indicación del objeto de la prueba, con el propósito de permitir que la parte no promovente conozca qué hechos pretende probar su contraria, para determinar su pertinencia con aquellos que forman parte de la controversia. Asimismo, el citado criterio establece que de ser incumplida esa forma procesal la prueba es irregular e ineficaz, e indica de forma expresa que ese criterio es aplicable también respecto de los testigos y de las posiciones juradas.

No obstante, esta Sala considera necesario flexibilizar esta doctrina, por cuanto las pruebas constituyen el instrumento de las partes para llevar la verdad al proceso y ello es presupuesto necesario para el alcance del fin último de la función jurisdiccional: la realización de la justicia. En atención a ello deja establecido:

El propio legislador excluyó el cumplimiento de este requisito de determinación del objeto de la prueba respecto de alguna de ellas en particular, como son las testimoniales y las posiciones juradas, en relación con las cuales previó la facultad de cuestionar y declarar la manifiesta impertinencia en el mismo acto de evacuación de la prueba, e incluso en la propia sentencia de mérito. Un ejemplo de ello está expresado en el artículo 410 del Código de Procedimiento Civil, el cual dispone:

"Las posiciones deben ser concernientes a los hechos controvertidos. En caso de reclamación por impertinencia de alguna pregunta, el Juez puede eximir al absolvente de contestarla. En todo caso, el Juez no tomará en cuenta en la sentencia definitiva, aquellas contestaciones que versen sobre hechos impertinentes".

Ello encuentra justificación en la necesidad de lograr una formación espontánea y sincera en la prueba, pues a la par de la exigencia del juramento, está presente la sorpresa de la pregunta para evitar anticipar y preparar la respuesta. Por la misma razón, el artículo 482 del Código de Procedimiento Civil exige que el acto de promoción de la prueba de testigo consista en la presentación al tribunal de la lista de los declarantes, con expresión del domicilio, norma esta que por ser especial es de aplicación preferente a la general contenida en los artículos 397 y 398 del Código de Procedimiento Civil.

Ese fue precisamente uno de los cambios significativos logrados en la última reforma del Código de Procedimiento Civil, en el cual se exigía al promovente la presentación del interrogatorio y ello favorecía la preparación de las respuestas y la manipulación de la verdad.

Los referidos artículos 382 y 410 del Código de Procedimiento Civil constituyen claros ejemplos de los supuestos en que por voluntad de legislador el control sobre la manifiesta impertinencia de la prueba con los hechos discutidos, tanto por las partes como por el juez, queda diferida para la oportunidad de evacuación de la prueba, o luego de su incorporación, en cuyo caso no es aplicable el requisito de especificación del objeto de la prueba.

Este criterio ha sido explicado en forma clara y precisa por el Magistrado Jesús Eduardo Cabrera Romero, quien ha señalado que este requisito "…*sufre excepciones cuando se proponen unas posiciones juradas o una testimonial*…", pues en esos casos "…*el Legislador ha considerado que la pertinencia puede ser calificada después de enterada la prueba en autos. Es más, es la recepción la que permite calificar la pertinencia, ya que son las preguntas a las partes o a los testigos, las que van hacer conocer la relación entre el medio y los hechos controvertidos*…", posición esta que ha sido acogida por la Sala Plena en sentencia de fecha 30 de mayo de 2000, caso: Enjuiciamiento de Mérito de Luis Miquelena.

Asimismo, ese criterio fue asumido por la Sala Constitucional, entre otras, en decisión de fecha 27 de febrero de 2003, caso: Maritza Herrera de Molina y otro, en la cual dejó sentado que "…*a todo medio de prueba hay que señalarle al ofrecerlo, cuáles son los hechos que con*

ellos se pretende probar. De este sistema sólo escapan los testimonios y la confesión que se trata de provocar mediante las posiciones juradas…".

Ahora bien, esta Sala de Casación Civil comparte y acoge ese pronunciamiento expuesto por las otras Salas de este Tribunal Supremo, razón por la cual abandona el precedente jurisprudencial establecido en sentencia de fecha 16 de noviembre de 2001, caso: Cedel Mercado de Capitales C.A. contra Microsoft Corporation, y establece que las testimoniales y las posiciones juradas están exceptuados del requisito de indicación del objeto de la prueba en el acto de su promoción, por cuanto la voluntad expresada por el legislador es que la oposición por manifiesta impertinencia debe ser ejercida después de enterada la prueba en autos.

Por otra parte y respecto del resto de las pruebas, la Sala presenta especial preocupación por haber observado en las actuaciones cumplidas ante este Tribunal Supremo, la frustración de las partes a quienes se les han desechado sus pruebas por el incumplimiento de este formalismo, a pesar de que la prueba ha sido admitida y adquirida por el proceso, y de su contenido resulta evidente la conexión entre los hechos que pretende trasladar al proceso y los controvertidos por las partes. Por esa razón, la Sala se permite hacer las siguientes reflexiones:

Toda forma procesal tiene por objeto regular las condiciones de modo, tiempo y lugar en que los actos deben ser practicados para garantizar un debido proceso y el derecho de defensa.

Uno de los cambios significativos de la última reforma del Código de Procedimiento Civil es la referida a la teoría de las nulidades procesales, que en sustitución del principio de la nulidad por la nulidad misma, incorporó el principio de utilidad en la reposición, con lo cual quedó implementada en nuestro ordenamiento jurídico la regla de que no basta el solo incumplimiento de la forma procesal, en que esté involucrado el interés privado e incluso el orden público, sino que es necesario que aquélla hubiese impedido al acto alcanzar su finalidad, de conformidad con lo previsto en los artículos 206 y siguientes del Código de Procedimiento Civil. Además, el quebrantamiento u omisión de la forma procesal sólo podría ser declarado por la Sala, si resultase capaz de lesionar el derecho de defensa de las partes, de acuerdo con lo exigido en el artículo 313 ordinal 1° del Código de Procedimiento Civil.

De esta manera, el legislador perfila el orden del proceso y ordena al juez evitar la declaratoria de nulidad y reposiciones que no persiguen utilidad, lo que posteriormente encontró mayor asidero en normas de mayor jerarquía, pues los artículos 26 y 257 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, prohíben al juez sacrificar la justifica por formas procesales, cuya declaratoria de quebrantamiento u omisión resulte inútil.

…omissis…

La Sala ha establecido que en particular los artículos 397 y 398 del Código de Procedimiento Civil, persiguen evidenciar los hechos que se pretenden probar, para impedir una situación de inferioridad respecto del no promovente, quien estaría impedido de oponerse por no poder determinar cuál es el objeto de la prueba.

No obstante, cabe advertir que la impertinencia capaz de producir la inadmisibilidad de la prueba debe ser manifiesta o grosera.

Si bien es cierto que la indicación por el promovente de los hechos que pretende probar, facilita establecer la conexión entre éstos y los controvertidos, **esa falta de expresión por sí sola no impide en todo los casos establecer esa relación, pues existen pruebas que incorporan de inmediato su objeto a los autos, como es el caso del documento, cuyo contenido podría evidenciar su conexión directa con los hechos discutidos.**

Además, es oportuno indicar que en el supuesto de que el no promovente considere que la prueba no se baste por sí misma para lograr su relación con los hechos discutidos, el no promovente está facultado para oponerse a su admisión, y en definitiva para apelar del auto de admisión. En efecto, los artículos 399, 400 y 402 del Código de Procedimiento Civil, establecen respectivamente:

…omissis…

Por tanto, es elección de la parte no promovente ejercer o no el derecho de oponerse a la admisión de la prueba, pues si considera que la falta de indicación del objeto le impide establecer la conexión directa entre los hechos que se pretenden probar y los discutidos, está facultado para oponerse, y en definitiva para apelar del auto de admisión de la prueba. En todo caso su inercia, evidencia que a pesar del incumplimiento de esa forma procesal, pudo conocer los hechos a probar y determinar su pertinencia y, por ende, cumplida la finalidad perseguida en la ley, es claro entender que si optó por no ejercer esos medios procesales, es porque consideró que no hubo lesión de su derecho de defensa.

Acorde con lo expuesto, el artículo 399 del Código de Procedimiento Civil dispone que en el supuesto de que no haya oposición de las partes a la admisión, éstas tendrán derecho a que se proceda a la evacuación de las providencias, aun sin providencia de admisión.

No obstante, es necesario advertir que aún en el supuesto de inacción por las partes no promoventes, el juez está facultado para observar de oficio la inadmisibilidad de la prueba por manifiesta impertinencia, pues por tratarse de un concepto jurídico establecido en la ley, constituye una causal de derecho que debe ser conocida y examinada por el juez en virtud del principio *iura novit curia*.

...omissis…

Aunado a ello, es necesario indicar que aún en la hipótesis de que el no promovente se oponga a la admisión, o ejerza apelación contra el auto de admisión de la prueba, el juez puede ponderar en cada caso si realmente la falta de indicación del objeto impide determinar la conexión directa entre los hechos que se pretenden probar y aquéllos discutidos en el proceso, pues solo cumplida esa circunstancia y verificada esa imposibilidad es que podría ser declarada su ineficacia.

Por consiguiente, la Sala atempera su criterio y deja sentado que admitida y adquirida la prueba en el proceso, bien por haberlo permitido las partes o por mandato del juez, la prueba escapa de la esfera dispositiva de las partes y pertenece al juzgador para el hallazgo de la verdad y la realización de la justicia, en cuyo caso éste deberá determinar si la forma procesal incumplida, esto es, la falta de indicación del objeto de la prueba, impidió alcanzar la finalidad prevista en la ley, es decir: su pertinencia con los hechos discutidos, pues si su contenido permite establecer la relación entre éstos, la prueba debe ser apreciada y no podrá ser declarada su nulidad, con pretexto en el incumplimiento de un formalismo que no impidió alcanzar la finalidad perseguida en la ley, siempre que no hubiese causado indefensión.[483]

[483] Obsérvese lo erróneo del criterio de la Sala de Casación Civil, como expondremos de seguidas, que la misma desconoce cuando la prueba pertenece al proceso y deja de pertenecer a su proponente, pues la prueba es del proceso –no del juzgador como lo señala la Sala- no luego de producida su admisión como lo expresa la sentencia, sino luego de evacuado, cuando ha sido legalmente incorporado al proceso, lo que se produce con su evacuación o materialización en autos al constar sus resultas, momento en el cual la prueba pertenece al proceso y no a su proponente, tal y como lo hemos afirmado en otro momento al estudiar los principios probatorios. De lo anterior nos permite afirmar que lamentablemente la Sala de Casación Civil, no tiene claro como funciona el principio de la comunidad de la prueba.

No puede esta Sala consentir que el fin supremo de la realización de la justicia se doblegue frente al incumplimiento de un formalismo procesal que no hubiese impedido el logro de la finalidad perseguida por el legislador ni hubiese causado indefensión, que en el caso concreto se refiere a la pertinencia de los hechos que se pretenden trasladar al proceso con los discutidos por las partes, pues ello atenta directamente contra los artículos 26 y 257 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, y los artículos 206 y siguientes del Código de Procedimiento Civil.

Lo expuesto permite determinar que la falta de indicación del objeto de la prueba no causa por sí sola su nulidad, sino que en todo caso el juez debe determinar si ello impidió a la prueba demostrar su pertinencia, por cuanto una vez admitida y adquirida la prueba por el proceso, escapa de la esfera dispositiva de las partes y pertenece al juez para el hallazgo de la verdad y la realización de la justicia, en cuyo cumplimiento el sentenciador debe evaluar si la prueba no es capaz de permitir su conexión con los hechos controvertidos, pues si es evidente de su propio contenido, la pertinencia con los hechos discutidos, en definitiva resulta formalista y no acorde con los postulados constitucionales y legales, declarar su ineficacia.

Por las razones expuestas, la Sala atempera su doctrina relacionada con la indicación del objeto de la prueba, con expresa ratificación de que el cumplimiento de esa forma procesal en las instancias es necesaria sólo para denunciar en casación el vicio de silencio de prueba por el no promovente, pues ello constituye presupuesto indispensable para evidenciar el interés del formalizante en obtener el examen de la prueba y, por ende, su legitimación en casación para formular este tipo de denuncia, y en definitiva para determinar si la infracción del artículo 509 del Código de Procedimiento Civil, es capaz de influir en forma determinante en el dispositivo del fallo, lo que constituye requisito de procedencia del recurso de casación de las denuncias de infracción de ley, de conformidad con lo previsto en el artículo 313 del Código de Procedimiento Civil.

Por consiguiente, esta Sala estima necesario mantener la doctrina respecto de la indicación del objeto de la prueba en las instancias por parte del no promovente,

como presupuesto necesario para evidenciar y razonar en casación su interés en alegar el vicio de silencio de la prueba, pues sólo en el supuesto de que ello pueda lograr un beneficio estará legitimado para su denuncia, lo que debe ser fundamentado en forma adecuada por el recurrente, y además la expresión del objeto de la prueba en las instancias por el recurrente en casación permite la determinación de la influencia del error cometido por el juez al silenciar la prueba, que sólo es capaz de producir la nulidad del fallo si es determinante en el dispositivo.

Este requisito no rige respecto del promovente, por cuanto el mismo acto de promoción implica la manifestación de su interés en que la prueba sea admitida, adquirida por el proceso y valorada por el juez.

Ahora bien, la sentencia dictada en fecha 16 de noviembre de 2001, en el juicio seguido por Cedel Mercado de Capitales, C.A., contra Microsoft Corporation, expediente N° 00-132, respecto de la legitimación para denunciar el vicio de silencio de prueba en casación dejó sentado: "…por razones de economía procesal y en fundamento a la necesidad de la estabilidad de los procesos, la Sala considera que, la nulidad de la decisión recurrida no puede tener su causa en los errores de las partes, sino exclusivamente en aquellas faltas del tribunal que sean contrarias al orden público o perjudiquen los intereses de las partes litigantes, **lo cual lleva a concluir a esta Sala, que la falta de indicación en la instancia por parte del recurrente no promovente del objeto perseguido con la prueba (...) ya sea en el acto de evacuación (...) o en informes -que constituye la última actuación de las partes donde se resumen sus pretensiones y contradicciones y señalan sucintamente al sentenciador la finalidad del acervo probatorio en que fundamentan sus intereses-, lleva a concluir a esta Sala que la parte recurrente no promovente carece de interés procesal para denunciar el silencio de pruebas en la declaración de la testimonial objeto de la denuncia.**

Por consiguiente, al no señalar el recurrente en la instancia el objeto del medio probatorio que denuncia, la Sala no puede verificar el interés procesal del recurrente en su condición de parte agraviada por el acto para invalidar la decisión recurrida, por lo que considera que en fundamento a lo establecido en los artículos 26 y 257 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, se estaría en presencia de una reposición inútil que atenta contra la celeridad del proceso. Así se decide. La Sala reitera esa doctrina sólo en lo que respecta a la indicación del objeto de la prueba en las instancias a los efectos de demostrar el interés y legitimación para denunciar el vicio del silencio de prueba en casación por parte del no

promovente, lo que no rige respecto del promovente, por cuanto el mismo acto de promoción implica la manifestación de su interés en que la prueba sea admitida, adquirida por el proceso y valorada por el juez. **(Resaltado nuestro).**[484]

Analizando el contenido de la sentencia citada tenemos, que la denuncia que permitió a la Sala de Casación Civil atemperar o flexibilizar el criterio sobre la necesidad de identificar el objeto de la prueba judicial, se fundamentó en la falsa aplicación del artículo 397 del Código de Procedimiento Civil y en la falta de aplicación del artículo 482 *ejusdem*, referido a la precitada identificación del objeto de la prueba y que fue aplicado por la recurrida en forma retroactiva, ya que a criterio del recurrente en casación, la sentencia que fijó el criterio del deber de identificación del objeto de la prueba –apostillamiento- data del 16 de Noviembre de 2.001, en tanto que la prueba testimonial desechada por la alzada fue producida a los autos en el año de 1.995. En este aspecto referido a la denuncia hecha resulta pertinente para las observaciones que se hacen, pues como puede apreciarse de la decisión dictada por la Sala de Casación Civil en el caso que nos ocupa, se procedió a declarar procedente la misma, partiendo del hecho que la recurrida infringió el artículo 397 del Código de Procedimiento Civil, por falsa aplicación y el artículo 482 del mismo Código por falta de aplicación, al no requerirse –conforme al nuevo criterio doctrinado por la Sala- la determinación del objeto de la prueba en el caso de las testimoniales y las posiciones juradas, pero si bien la identificación del objeto de la prueba es un aspecto que reconoció la jurisprudencia mediante la decisión dictada por la Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia, en fecha 16 de Noviembre de 2.001, no por tal circunstancia puede considerarse que se trata de un requisito probatorio novedoso en nuestro sistema procesal, que tiene su origen en la doctrina jurisprudencial, pues precisamente la forma como las partes puede realmente ejercer el derecho de contradicción de los medios de prueba judicial, en lo referido a los aspectos de relevancia, conducencia o idoneidad, así como de pertinencia, es precisamente mediante la identificación que de su objeto deben hacer las partes al momento de realizar su proposición, circunstancia esta que permite el ejercicio del derecho constitucional de la defensa para oponerse a la admisión de la prueba propuesta por la contraparte, elemento éste que también se traslada al judicante, pues haya habido o no oposición, oficiosamente deberá al momento de admitir los medios verificar que los mismos sean relevantes, pertinentes, conducentes o idóneos, lo que solo le será permitido en la medida que se identifique o señale el objeto de la prueba, de manera que la no identificación del objeto de la prueba traerá como consecuencia que no pueda producirse la debida contradicción a la misma, que no puede controlarse los elementos de admisibilidad, conduciendo a la postre a admitir e

[484] Sentencia de la Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia, N° RC-00606, de fecha 12 de Agosto de 2005, con ponencia de la magistrado Isbelia PÉREZ VELAZQUEZ, expediente N° 02986. Igualmente, puede consultarse sentencia N° RC-00689, de fecha 25 de Octubre de 2005, con ponencia de la precitada magistrado, expediente N° 03233.

incorporar a las actas del proceso una prueba que de evacuarse, si la misma resulta impertinente, inidónea o inconducente, generará a una oposición diferida que desnaturaliza la función controladora de la admisión, a propósito de la posibilidad de contaminar el criterio judicial, tal como pudiera suceder con la prueba testimonial, de posiciones juradas incluso con la prueba documental en cualquiera de sus modalidades.

De esta manera no fue el criterio doctrinado por la Sala de Casación Civil, la que dio nacimiento o carta de naturalización a la carga procesal de identificar el objeto de la prueba, aún cuando se trató de su primer reconocimiento jurisprudencial a nivel del máximo Tribunal de la República, pues este requisito se encuentra contenido de manera tácita o sobreentendida en el artículo 397 del Código de Procedimiento Civil, que a su vez permite que el judicante cumpla su función conforme a lo normado en el artículo 398 *ejusdem*, por lo que un criterio contrario como el que sostuvo el recurrente y la propia Sala de Casación Civil, no hizo otra cosa que desconocer la verdadera esencia de dichas normas procesales que impiden el derecho constitucional de las partes –contradicción- y que obstaculizan el cumplimiento del deber jurisdiccional a la hora de pronunciarse sobre la admisibilidad de la prueba judicial propuesta. De esta manera el hecho que la norma procesal no hiciera mención expresa de tal requisito de promoción, no significa que no exista y que no deba exigirse, pues eso sería tan absurdo como pretender, que ante la falta de regulación expresa, el operador de justicia no estuviera en el deber de revisar si la prueba es idónea, tempestiva, lícita, si ha sido regularmente propuesta, incluso que en el proceso se deban aplicar principios probatorios como el de la comunidad de la prueba, la prohibición de obtener pruebas coactivamente, de aplicar el conocimiento privado, de la inmaculación de la prueba, entre otros, lo que a nuestro entender conduce a que no resulte muy convincente el criterio jurisprudencial.

Pero por otro lado y como lo hemos expuesto, el no requerir la identificación del objeto de la prueba, en los casos de medios como testimoniales y de posiciones juradas, solo conduce a entortizar más el sistema procesal, pues además que las partes no podrán ejercer una cabal oposición por desconocer lo que se quiera probar con estos medios, el operador de justicia no podrá controlar su admisión, siendo solo en su evacuación cuando el no proponente conocerá el objeto de la prueba, momento en el cual al observar que se trata de una prueba inidóena, inconducente, impertinente o irrelevante, podría hacer uso de la oposición diferida por vía de la reclamación a que se refiere el artículo 188 del Código de Procedimiento Civil, que obligaría al juez a pronunciarse –diferidamente- sobre su inadmisión en ese mismo acto, lo que resulta poco probable en nuestro maloliente sistema de justicia, donde por la ignorancia generalizada conducirá a que el judicante seguramente se reserve el pronunciamiento para la sentencia definitiva echando por tierra toda la teoría de la oposición diferida, momento en el cual ya la prueba habría cumplido su fin, desplegando sus efectos producto de su evacuación, de manera que si

bien el juez al momento de sentenciar pudiera desechar la prueba, la misma bien habrá podido impactar en su mente, contaminando con su influencia en el juicio de valor judicial, problemática que en definitiva aboga a que los elementos de admibilidad deben ser revisados en su oportunidad legal y no en la decisión de mérito.

No se trata -como lo sostiene la Sala de Casación Civil- del hecho que el Código de Procedimiento Civil, hubiere eliminado para las pruebas de testigos y posiciones juradas la obligación de acompañar el interrogatorio, lo que nos parece un argumento que no guarda relación al caso, pues se trata mas bien que se indiquen los hechos que pretenden demostrarse con estos medios, para que el no proponente pueda hacer la debida contradicción y para que el operador de justicia, en su oportunidad procesal, pueda controlar, verificar y calificar los elementos de admisibilidad de la prueba, todo lo que dista mucho del deber de acompañarla lista de las preguntas o posiciones como lo indica Casación, lo que incluso se traslada a la prueba documental en cualquiera de sus manifestaciones, pues también resulta absurdo y falso la afirmación de la Sala Civil, cuando expresa que las mismas evidencian su conexión con los hechos discutidos, ya que quienes litigamos conocemos que en no pocas ocasiones se aportan pruebas documentales sin indicar el objeto de la misma, que no guardan relación alguna aparente con el tema debatido judicialmente, que conduce a una limitación al derecho a la defensa y al control de la admisiblidad de la prueba, como por ejemplo pudiera suceder, que en un caso de estimación e intimación de honorarios, se aportaran recibos de luz, agua, condominio, aseo urbano, entre otros.

Trasunto de lo anterior es precisamente que no solo resultaron errados la delación de los artículos 397 y 482 del Código de Procedimiento Civil, el primero por falsa aplicación y el segundo por falta de aplicación, sino que la Sala de Casación Civil también incurrió en un error al considerar procedente la infracción de dichas normas, pues precisamente es el artículo 397 *ejusdem*, el que regula los cauces por los cuales las partes pueden hacer la respectiva oposición, no solo en cuanto a la impertinencia e ilegalidad manifiesta, sino de los demás aspectos no señalados expresamente pero que de igual manera sirven de conductos para el ejercicio de la oposición, como lo son la irrelevancia, la inidoneidad o inconducencia, la extemporaneidad, la irregularidad en la promoción, la ilicitud y especialmente, la identificación del objeto de la prueba, elementos éstos que también debe ser revisados oficiosamente por el juzgador conforme a lo previsto en el artículo 398 del precitado Código, de manera que no se trataba de una falsa aplicación, sino que en los términos en que doctrinó la Sala de Casación Civil, se trataba en todo caso de un error de interpretación, infracción que solo puede cometerse de manera directa y con prescindencia del tema probatorio, esto es, que no se requería la delación del artículo 320 del Código de Procedimiento Civil, dado que dicha norma sí es la que se refiere al supuesto abstracto que se identifica con el supuesto concreto del caso, en otras palabras, el artículo 397 es el que regula la necesidad de la identificación del

objeto de la prueba judicial.

No obstante a lo anterior el criterio que sostiene la Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia, es que en materia de testigos y de posiciones juradas no se requiere la identificación del objeto de la prueba, lo que y conforme a lo antes expresado resulta un disparate que menoscaba el ejercicio del derecho de contradicción y la labor del juez al momento de revisar los requisitos de admisión, pues el argumento esgrimido por la Sala resulta erróneo en lo que se refiere a que la exigencia de tal requisito según la doctrina sentada en el año 2001, alteró las modificaciones que estas pruebas sufrieron con el vigente Código de Procedimiento Civil, referido a la no obligación de aportar o proponer junto a la prueba el respectivo interrogatorio, ya que insistimos, no se trata de aportar los interrogatorios, sino de expresar lo que se pretende con estas pruebas, circunstancias no identificables, todo ello no obstante a que este nuevo criterio fue aplicado por la Sala en el caso concreto donde se doctrinó, lo que lesionó el derecho constitucional a la seguridad jurídica y expectativa plausible.

Luego, cuando la Sala de Casación Civil expresa que la no identificación o señalamiento del objeto de la prueba, no siempre vulnera el derecho a la defensa del no proponente, señalando al efecto que existen medios de prueba que tienen una evidente conexión con los hechos debatidos en el proceso judicial donde la prueba ha sido propuesta, como sucede con la prueba instrumental, como hemos señalado, a nuestro juicio resulta un argumento también absurdo, disparatado y alejado del caso concreto, pues no siempre las pruebas propuestas por las partes permiten por su naturaleza conocer lo que se pretende con ellas, como por ejemplo sucede con las pruebas documentales en cualquiera de sus modalidades, experticia, inspección judicial, reproducciones, reconstrucciones, pericias científicas, entre otros medios probatorios, siendo que solo a través del cumplimiento de esta carga procesal, es que las partes podrán ejercer un efectivo control, requisito este que en nada afecta a la parte proponente sino que por el contrario, permite llevar a cabo un proceso judicial mas limpio e inmaculado, donde las cartas estén abiertas para evitar sorpresas judiciales.

La decisión que analizamos señaló que a falta de identificación del objeto de la prueba judicial, debe ser delatada por el no proponente de la prueba mediante la oposición o apelación respectiva, en el entendido que la falta de oposición cuando no exista identificación del objeto de la prueba judicial propuesta, será considerado como que el no proponente no se encuentra ante esta circunstancia en estado de indefensión, al conocer lo que pretende probarse con el medio propuesto, la conexión de la prueba con los hechos controvertidos; que el operador de justicia, haya habido o no oposición, oficiosamente puede declarar inadmisible la prueba por falta de identificación de su objeto, si no puede determinar la conexión con los hechos que se debaten, siendo que incluso en caso de oposición, el juzgador debe ponderar las circunstancias y observar la conexidad respectiva, pudiendo admitir la prueba

indistintamente de la falta de identificación de su objeto. Lo dicho por Casación nos perite plantear algunas dudas a saber:

En caso de oposición por parte del no proponente de la prueba, como consecuencia de la indefensión que considera que ha producido la falta de identificación del objeto de la prueba propuesta por su contendor judicial, debemos preguntarnos ¿a quien corresponde la carga de demostrar que no existe una identificación y que de la prueba propuesta no puede inferirse la conexión con los hechos debatidos?

En este caso afirmamos que es la parte proponente la quien no habiendo cumplido con su carga procesal de señalar lo que pretende demostrar con el medio probatorio propuesto, tiene la carga de demostrarle al operador de justicia que la prueba propuesta guarda conexión con los hechos debatidos, mediante las pertinentes argumentaciones de hecho y de derecho que conduzcan a identificar el objeto de la prueba, pues en todo caso, cuando el no proponente señale que se encuentra en indefensión al no poder conocer la conexión de la prueba con los hechos debatidos y la falta de identificación del objeto de la prueba, se está en presencia de un hecho negativo cuya carga no corresponde, ello a propósito de resultar absurdo y disparatado que tuviera que ser no proponente, quien desconoce lo que se pretende probar, que además tuviera que aportar al proceso la prueba de tal desconocimiento, aunque no nos sorprendería un criterio de estos –de avanzada- por parte de la Sala de Casación Civil.

Pero de producirse esta hipótesis y en caso que el proponente argumentara los motivos que demuestran que la prueba sí guarda relación con los hechos debatidos, exponiendo al efecto la identificación del objeto de la prueba, nos preguntamos si esto no sería una subsanación indirecta de la irregular promoción de la prueba, al permitírsele al proponente, luego de promovida la prueba y de precluido el lapso pertinente, que corrigiera los errores o carencias de su escrito de promoción. Ante esta interrogante pareciera que la respuesta es obvia, pues de avalarse tal circunstancia como puede inferirse del criterio de Casación, no solo se lesionaría el principio de preclusión, sino que se estaría desnaturalizando el sistema probatorio en cuanto a la proposición de las pruebas, lo que nos permite afirmar que el requisito de la identificación del objeto de la prueba, no es facultativo del proponente, sino obligatorio –aún cuando se trate de una carga procesal- para permitir una debida contradicción y admisión de la prueba judicial; incluso afirmamos que no existe procesalmente hablando y sin lesionar el debido proceso, oportunidad para el proponente de corregir su escrito de pruebas y señalar la conexión e identificación del objeto de la prueba, si al producirse o proponerse la misma no se identificara su objeto, siempre que existiera oposición al respecto, por lo que indefectiblemente tendría que declararse la inadmisibilidad de la prueba, dado que insistimos, la falta de identificación y de conexión que se haga vale mediante la oposición, cuya carga corresponde al proponente, no puede ser subsanada, corregida,

explicada o precisada luego de producidas las pruebas.[485]

Considerando que el proponente de la prueba ya no puede corregir la carencia de su escrito de promoción, tampoco podemos pensar que esta circunstancia quede en manos del operador de justicia como lo sugiere la Sala de Casación Civil, al expresar que el juez podrá ponderar en cada caso concreto, aún en el caso de haber existido oposición a la admisión de la prueba, si realmente la falta de identificación del objeto impide determinar la conexión directa entre la prueba y los hechos debatidos judicialmente, pues además de constituir una circunstancia fáctica que seguramente saldría del control Casación por entrar la famosa y rechazada soberanía de los jueces de instancia, al tratarse de un criterio totalmente subjetivo, sería realmente difícil ese control en las instancias siguientes y en Casación, todo a propósito de estar lesionándose el principio dispositivo que rige el proceso judicial, pues la regularidad de la proposición de la prueba, la debida identificación es una carga procesal en cabeza de la parte que no puede ser suplido oficiosamente por el operador de justicia, todo lo que evidencia las arbitrariedades judiciales contrarias al sistema constitucional del proceso judicial, sobre todo si tomamos en consideración que estamos plagados de un sistema de justicia asaltado por la indigencia jurídica e intelectual de quienes ocupan lo cargos de jueces mediante concursos amañados y fraudulentos avalados por la corruptela que al respecto mantiene el Tribunal Supremo de Justicia y la desprestigiada, politizada y asaltada Escuela Judicial que en algún momento estuviera en manos de magistrados como Jesús Eduardo CABRERA ROMERO.[486] Tomando en consideración la conocida y exhibida ignorancia de

---

[485] Este razonamiento no tendría cabida si la carga de la demostración de la falta de conexidad y del objeto de la prueba recayera en la persona del no proponente, esto es, del opositor a las pruebas, quien a todo evento tendría que demostrar la falta de conexión de la prueba con el tema debatido, así como que la falta de identificación del objeto de la prueba le genera indefensión, pero esta posición que seguramente adoptará la jurisprudencia para seguir sosteniendo un disparate de criterio, todo en consideración a la forma como viene doctrinando, constituye un verdadero absurdo, pues no puede colocarse en cabeza del no proponente la demostración de una cuestión de hecho que beneficia al proponente, así como la demostración de un hecho negativo como lo sería la no identificación del objeto de la prueba, la no relación o conexión de la prueba con el tema controvertido que lo deja en estado de indefensión, de manera que la identificación del objeto de la prueba resulta una carga procesal que solo beneficia y perjudica al proponente de la prueba, quien en caso de haber propuesto la misma –medio probatorio- de manera irregular al no identificar su objeto –apostillamiento- debe soportar la consecuencia procesal, como lo será la inadmisiblidad del medio propuesto.

[486] Paradójicamente, como puede apreciarse de la página Web del Tribunal Supremo de Justicia –www.tsj.gov.ve- el referido magistrado Jesús Eduardo CABRERA ROMERO hoy jubilado, carece de título de postgrado y no obstante estuvo al frente de la escuela que forma jueces a nivel nacional, lo que constituyó un verdadero insulto a la comunidad jurídica, situación que groseramente se repitió con magistrados hoy jubilados como Omar Alfredo MORA DIAZ, quien sin poseer título de postgrado, no solo llegó a ocupar la mas alta magistratura, siendo presidente de la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia, sino presidente de esta máximo Tribunal de la República, en flagrante vulneración de los requisitos exigidos constitucionalmente para ocupar este cargo de alta investidura, todo producto de una decisión inconstitucional y maligna cuyo ponente fuera precisamente el precitado magistrado CABRERA ROMERO –auto dictado en fecha 12 de Diciembre de 2.000, por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia- por medio del

nuestros jueces en materia probatoria y procesal, por demás avalada por el Tribunal Supremo de Justicia donde se desconocen y confunden las reglas probatorias, especialmente sobre la admisión y apreciación, resulta desacertado dejar en sus manos la admisbilidad o no de la prueba en casos de la falta de identificación del objeto, lo que además de violentar el principio dispositivo al permitírsele al juzgador corregir errores de las partes, es un verdadero peligro, sobre todo si de antemano sabemos –quienes litigamos en nuestros malolientes tribunales de la República- que la prueba ante la existencia de una oposición por falta de identificación de su objeto, por desconocimiento o desidia de los jueces, será admitida salvo su apreciación en la sentencia definitiva, lo que será difícil de controlar mediante la apelación y la casación, al tratarse de un criterio subjetivo de cada juzgador que quedará fuera del control Casacional, que en definitiva perjudicará al oponente no proponente y al propio juzgador, al contaminarse de las resultas de la prueba, todo lo que nos permite advertir sobre esta situación que a la postre fomentará el típico, conocido y acostumbrado juego procesal sucio.

Afirmamos –a diferencia del criterio doctrinado por la Sala de Casación Civil- que la identificación del objeto de la prueba, es un requisito y carga procesal indispensable para la admisión de la prueba judicial, que permite el ejercicio del derecho a la defensa y la cabal función de control de admisión por parte del operador de justicia, no siendo un formalismo inútil como lo señala la decisión que analizamos, aunque el criterio que se sostiene actualmente es que si la prueba cuyo objeto no se identificó, ingresa al proceso por falta de oposición o por admitirse aún existiendo tal oposición, en la medida que ella pueda evidenciar la conexión con los hechos judiciales debatidos, siempre que no se haya causado indefensión, la prueba debe ser apreciada y resulta eficaz, quedando a juicio o criterio del juzgador la ponderación si existe la conexión entre la prueba promovida y los hechos debatidos.[487]

---

cual se permitió el ingreso al Alto Tribunal de abogados que no poseían título de postgrado, tal como también sucedió con el magistrado Franklin ARRIECHE GUTIERREZ.

[487] Nos parece lógico que este criterio sentado por la Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia, fuera con ponencia de la magistrado Isbelia PÉREZ VELAZQUEZ, quien para el momento de su dictado recién ingresaba a la Sala de Casación Civil, quien expondría sus criterios –aunque no del todo correcto y denotando una falta de solvencia respecto a los conocimientos procesales y probatorios- siendo hoy doctrina de la Sala, mas no es lógico e irrespeta al foro procesal y probatorio, que no haya existido el voto salvado del para entonces magistrado Carlos OBERTO VÉLEZ –hoy jubilado- *"…distinguido jurista zuliano…"* como se autodenomina ególatramente –currículum obtenido de la página Web del Tribunal Supremo de Justicia- quien en todo momento y por mas de cuatro (4) años, tiempo que trascurrió desde el año 2001, donde se doctrinó el criterio de la identificación del objeto de la prueba que no contó con su voto en aquella decisión, hasta el año 2005, donde se atempera el mismo, siguió manteniendo un criterio que como se evidencia de la decisión en comento, es contrario al original, de manera que nos resulta alarmante y contradictorio, que dicho magistrado ligeramente haya apoyado el nuevo criterio de la Sala, cuando estuvo cuatro (4) años sosteniendo lo contrario, incluso afirmando lo contrario a lo que en tiempo anterior asentó, siendo así mas digna la posición del magistrado Antonio RAMIREZ JIMENEZ –hoy también jubilado- quien fuera consecuente con su criterio al sostener que el vicio de silencio de pruebas constituye un defecto de actividad y no un error de juicio. Lo cierto es que esto

Este criterio de la Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia que apuesta a la identificación del objeto de la prueba, no ha sido aceptado y acogido por otras Salas del Tribunal Supremo de Justicia, tal como ha sido el caso de la Sala Político Administrativo[488] y de la Sala Social, para quienes no se requiere de la identificación del objeto de la prueba por no ser un requisito exigido por el legislador, argumentación ésta que errónea y absurda que deja en evidencia lo pobre del criterio y conocimiento de quienes emitieran dichos pronunciamientos, pues mediante el apostillamiento pueden las partes convenir sobre las pruebas y los hechos, pueden oponerse a la admisión de pruebas ilegales, impertinentes, irrelevantes, ilícitas, inidoneas, garantizándose así el derecho a la defensa –contradicción de las pruebas- todo ello a propósito de permitirse al operador de justicia filtrar con mayor precisión la admisión de las pruebas y evitando pruebas inútiles, así como oposiciones diferidas.

En definitiva, afirmamos que la identificación del objeto de la prueba es necesario para garantizar el derecho a la defensa de las partes, es un elemento esencial para el filtro o control de la admisión de los medios de prueba y en general es un elemento que evita el juego procesal sucio.

3.3. Lapso de convenimiento, oposición o contradicción a los medios probatorios propuestos por las partes.

En el sistema de procedimiento civil ordinario que analizamos, el lapso de oposición a las pruebas –medios probatorios- es tres días de despacho computados a partir del vencimiento del lapso de promoción de pruebas inclusive, lapso éste que una vez vencido el de proposición de las pruebas, queda abierto de pleno derecho u *ope legis*, todo en los términos del artículo 397 del Código de Procedimiento Civil que dispone […] *Dentro de los* ***tres días siguientes al término de la promoción, cada parte deberá expresar si conviene en alguno o algunos de los hechos que trata de probar la contraparte, determinándolos con claridad, a fin de que el Juez pueda fijar con precisión los hechos en que estén de acuerdo, los cuales no serán objeto de prueba.*** *Si alguna de las partes no llenare dicha formalidad en el término fijado, se considerarán contradichos los hechos. Pueden también las partes, dentro del lapso mencionado,* ***oponerse a la admisión de las pruebas de la contraparte que aparezcan manifiestamente ilegales e impertinentes.***” (Resaltado nuestro).

---

quedará para la historia como una lamentable mancha del criterio de Casación por un personaje tan gris y cuestionado en su pasar por la Sala de Casación, como lo fue el “*distinguido jurista zuliano*.”

[488] Sentencia del Juzgado de Sustanciación de la Sala Político-administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, N° 489, de fecha 18 de Septiembre de 2003, expediente N° 2002-0630.

El lapso de oposición a las pruebas graficándolo procesalmente, se computa a partir del vencimiento del lapso de promoción o proposición de pruebas, destacándose que conforme a lo previsto en el artículo 110 del Código de Procedimiento Civil, las pruebas que promuevan las partes se reservarán hasta el día de despacho siguiente el vencimiento del lapso de promoción, es decir, hasta el día dieciséis del lapso de pruebas, oportunidad en que el secretario del tribunal deberá publicar o agregar al expediente las pruebas promovidas, día éste que a su vez, será el primero de los tres de oposición de pruebas. Respecto a la reserva de las pruebas y su publicación luego de vencido el lapso de proposición, no entendemos cual fue la finalidad de la previsión legal pues el proceso debe ser transparente y cada parte tiene el derecho a saber cuales pruebas a promovida su contraparte, por lo que a la luz del nuevo texto constitucional y conforme a un criterio garantista, afirmamos que esta norma debe ser revisada de manera que las pruebas propuestas sean agregadas inmediatamente a las actas procesales, lo cual creará seguridad jurídica y permitirá a las partes saber de antemano cuales medios de prueba han sido aportadas, lo cual incluso les permitiría producir nuevas pruebas sobre aquellas propuestas, circunstancia esta imposible en el actual trámite procesal.

En este sentido nos parece errónea la posición adoptada por el legislador, pues las pruebas deben ser promovidas en un lapso de quince días y de permitirse la publicación inmediata de las pruebas luego de su promoción, sería viable que las partes si se encuentran dentro del lapso, pudieran producir nuevas pruebas para desvirtuar aquellas promovidas, todo lo cual garantizaría el derecho a la defensa de las partes y de producción de pruebas, así como la tutela judicial efectiva.

No obstante a lo anterior, el lapso a que se refiere el artículo 397 del Código de Procedimiento Civil, tiene dos finalidades a saber:

a. Que las partes convengan en alguno o algunos de los hechos que trata de probar la contraparte.
b. Que las partes ejerzan el derecho de oponerse a la admisión de las pruebas promovidas por la contraparte.

La primera actividad procesal que pueden realizar las partes en esta oportunidad, es la de convenir sobre alguno o algunos de los hechos que se pretenden demostrar con los medios de prueba promovidos, siendo por tal motivo necesario cumplir con el requisito de determinación del objeto de la prueba, de donde se infiere que las partes puede manifestar su acuerdo sobre las pruebas o algunas de ellas o sobre los hechos que pretenden ser demostrados con las mismas, para de esta manera cerrar el debate sobre esos hechos admitidos y omitir el medio probatorio que tienda a demostrar dicho hecho; pero esta manifestación de voluntad acerca del convenimiento de los hechos o de los medios probatorios que tiendan demostrar dichos hechos no resulta obligatoria, por el contrario, si alguna de las partes no hiciere tal manifestación expresa, tácitamente se consideran contradichos los hechos y las pruebas promovidas.

También pueden las partes en ésta oportunidad, oponerse a la admisión de los medios de prueba promovidos por su contraparte a través de la figura de la "oposición", entendida como el ejercicio del derecho constitucional a la defensa en materia probatoria, que se manifiesta a través del derecho de contradicción, para tratar o evitar que el medio probatorio ingrese al proceso.

En relación a las causales por las cuales las partes pueden oponerse a la admisión de algún medio probatorio aportado o promovido por la contraparte, si bien el legislador –infelizmente- solo se limita a señalar que las partes podrán oponerse a las pruebas que aparezcan manifiestamente ilegales o impertinentes, es decir, que estén expresamente prohibidas por la Ley -pruebas ilegales- o que no tiendan a demostrar los hechos controvertidos en el proceso -prueba impertinente- bien porque hayan sido reconocidos expresamente por el demandado, se encuentren amparados en alguna presunción legal, sean notorios, entre otras circunstancias, existen otros elementos que permiten a las partes oponerse a la admisión de las pruebas, como lo son la **irrelevancia o inutilidad** de la prueba, cuando la misma aún demostrando el hecho que se pretende, no ayude a la solución de la controversia, es decir, que no tienen ninguna influencia en la decisión judicial; la **extemporaneidad**, cuando el medio de prueba promovido lesione el principio de preclusión de los lapsos procesales, como por ejemplo que se proponga en el lapso de promoción de pruebas, el instrumento público o privado fundamental; la **inconducencia o inidonedad** del medio probatorio, cuando la prueba no sea idónea o conducente para demostrar el hecho pretendido, como por ejemplo tratar de demostrar la existencia de capitulaciones matrimoniales, garantía hipotecaria o la propiedad, con testigos; la **ilicitud** de la prueba, cuando para la obtención de la misma hayan lesionado derechos fundamentales como el debido proceso, tal como lo norma el artículo 49.1 constitucional; y la **regularidad de la promoción de la prueba**, donde se hace patente la identificación del objeto de la prueba, como es el caso cuando no se indican los hechos que se pretenden demostrar con las pruebas promovidas, o que las pruebas no cumplan con los requisitos exigidos por cada medio de prueba en específico. En este sentido, las partes pueden ejercer su derecho de oposición a la admisión de las pruebas, cuando:

a. Sean manifiestamente ilegales.
b. Sean manifiestamente impertinentes.
c. Sean irrelevantes o inútiles.
d. Sean extemporáneas.
e. Sean inconducentes o inidóneas.
f. Sean ilícitas.
g. Hayan sido propuestas irregularmente

La falta de oposición no traerá como consecuencia la aceptación de la legalidad, pertinencia, relevancia, conducencia, tempestividad, licitud y regularidad de la prueba promovida, ya que en todo caso el juez se encuentra en la obligación de analizar éstos elementos oficiosamente por su carácter de orden público y en que caso de existir alguno de ellos, deberá inadmitir el medio probatorio propuesto.[489]

Destacamos también que en relación a la prueba ilegal e impertinente, el legislador utiliza la palabra "***manifiestamente***", lo cual quiere significar que si éstos elementos no son manifiestos, claros, evidentes, de bulto, el operador de justicia debe seguir el camino de la admisión de la prueba salvo su apreciación en la sentencia definitiva, todo en función del principio de *favor probationis*, pues la admisibilidad de un medio probatorio, no ata u obliga al juez a valorarla en la sentencia, ya que su admisión solo contiene el análisis del ingreso al proceso del medio que llevará la fuente, no de su valor o mérito probatorio lo cual corresponde al juez al momento de emitir la sentencia de fondo, pudiendo al momento de análisis definitivo -en la sentencia- desechar el medio que había sido tentativamente admitido en el proceso, por lo que la admisibilidad de una prueba –medio- no activa la causal de incompetencia subjetiva contenida en el artículo 82.15 del Código de Procedimiento Civil, circunstancia ésta que la hacemos notar pues en la práctica observamos la ignorancia de los operadores de justicia que confunden los elementos de admisibilidad de la prueba con la de apreciación o valoración, tal como lo hemos anotado en otro momento.

3.4. Providenciación sobre la admisión o no de los medios probatorios propuestos.

Siguiendo con el análisis de las fases probatoria en el marco del sistema de procedimiento civil ordinario encontramos, que vencido el lapso de convenimiento u oposición a la admisión de las pruebas, dentro de los tres días de despacho siguientes el tribunal deberá admitir todos aquellos medios de pruebas que no sean ilegales, impertinentes, irrelevantes, extemporáneos, inidóneos, ilícitos o irregularmente promovidos, y desechará aquellos que manifiestamente incurran en estos aspectos, ordenando al efecto en dicho auto que se omita toda declaración o prueba de aquellos hechos en que aparezcan convenidas las partes, fijando y estableciendo igualmente la oportunidad y forma como se evacuaran los medios de

---

[489] Es interesante el efecto que produce la inadmisiblidad de un medio de prueba en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil Española de Enero de 2000, donde la misma no quedará en el proceso sino que se devolverá a su proponente. Igual circunstancia se produce en los casos de pruebas aportadas o incorporadas al proceso extemporáneamente, previsión ésta que no se ubica ninguna disposición patria que regula esta situación, por lo que la prueba inadmitida queda en el proceso, en las actas procesales, solo que no podrá ser valorada por el operador de justicia, aunque aplicando un criterio constitucional y garantista podríamos sostener que para no influenciar en el ánimo del juzgador, la prueba debería ser desincorporada de las actas procesales cuando fuera inadmitida o producida extemporáneamente, especialmente cuando estamos ante problemas de ilicitud.

pruebas promovidos y admitidos, tal como lo indica el artículo 398 del Código de Procedimiento Civil, que señala […] *Dentro de los tres días siguientes al ven cimiento del término fijado en el artículo anterior, el Juez providenciará los escritos de pruebas, admitiendo las que sean legales y procedentes y desechando las que aparezcan manifiestamente ilegales o impertinentes. En el mismo auto, el Juez ordenará que se omita toda declaración o prueba sobre aquellos hechos en que aparezcan claramente convenidas las partes.*"

Como hemos expresado aún cuando no exista oposición a las pruebas promovidas, el juez de oficio debe verificar si la prueba es admisibile o no, y para ello tendrá un lapso de tres días de despacho siguientes al vencimiento del lapso de convenimiento o admisión de las pruebas, lapso éste que se abrirá de pleno derecho sin necesidad de providencia alguna. Conforme a la norma antes transcrita, el juez en forma expresa deberá ordenar omitir las declaraciones y pruebas de aquellos hechos en que aparezcan claramente convenidas las partes, siendo que las causas por las cuales el operador de justicia pueda negar la admisión de las pruebas -medios probatorios- son las mismas por las cuales las partes pueden oponerse a su admisión, las cuales fueron desarrolladas en el punto anterior, cuando: a. Sean manifiestamente ilegales; b. Sean manifiestamente impertinentes; c. Sean irrelevantes o inútiles; d. Sean extemporáneas; e. Sean inconducentes o inidóneas; f. Sean ilícitas; y e. Hayan sido propuestas irregularmente.

3.5. Recurribilidad de la providencia sobre la admisibilidad o no de los medios de prueba propuestos por las partes.

El auto de providenciación de los medios probatorios propuestos, sea que admita o rechace la admisión de determinados medios probatorios propuestos, resulta perfectamente recurrible conforme a lo previsto en el artículo 402 del Código de Procedimiento Civil, que expresa […] *De la negativa y de la admisión de alguna prueba habrá lugar a apelación y ésta será oída en ambos casos en el solo efecto devolutivo. Si la prueba negada fuera admitida por el Superior, el Tribunal de la causa fijará un plazo para su evacuación y concluido éste, se procederá como se indica en el artículo 511. Si la prueba fuere negada por el Superior, no se apreciará en la sentencia la prueba si hubiese sido evacuada.*"

Como se aprecia el auto o decisión interlocutoria que admita o niegue la admisión de un medio de prueba propuesto, será apelable y en ambos casos la misma será oída en el solo efecto devolutivo, no suspendiéndose a tal efecto el curso de la causa, siendo que el lapso para recurrir del auto de admisión o de negativa de admisión de pruebas –decisión interlocutoria- será el ordinario a que se refiere el artículo 298 del Código de Procedimiento Civil, esto es, de cinco días de despacho siguientes al pronunciamiento

del órgano jurisdiccional,[490] destacándose que si la admisión o negativa de admisión de las pruebas no se produce en el lapso de tres días de despacho a que se refiere el artículo 398 *ejusdem*, el lapso de apelación no comenzará a computarse hasta tanto no conste en autos la notificación de las partes, pues en todo caso el proceso se haya paralizado o suspendido.

Pero **¿cuál es el trámite de la apelación contra el auto que admite o niega una prueba?**

El trámite procedimental a través del cual se sustanciará la incidencia de apelación contra el auto que admite o niega una prueba, será el señalado en el artículo 517 del Código de Procedimiento Civil, conforme al cual una vez llegadas las copias certificadas de la apelación a la alzada –recordemos que la apelación es oída en el solo efecto devolutivo no suspendiéndose el curso de la causa- y una vez que el tribunal les de entrada por auto expreso, comenzará a computarse el término para la presentación de los informes, los cuales tendrán lugar al décimo día de despacho, para que posteriormente las partes si a bien lo tienen, puedan presentar sus observaciones respectivas dentro de los ocho días siguientes al vencimiento del término de los informes, debiéndose dictar la decisión pertinente dentro de los treinta días continuos siguientes al vencimiento del lapso de informes, si éstos no se presentaran o del vencimiento del lapso de observaciones, si hubiese informes de las partes, tal como lo norman los artículos 519 y 521 *ejusdem*.

Como consecuencia de la apelación contra el auto que admita o niegue algún medio probatorio propuesto por las partes, así como de la decisión que pueda dictarse en la alzada, pueden presentarse diferentes escenarios, el primero que **apelado el auto que admitió una prueba –medio- llegue la oportunidad de dictarse sentencia en la instancia y todavía la decisión de la apelación contra el auto que admitió la prueba no se haya producido**, caso éste no regulado en la Ley pero típico en nuestro desastroso, lento e ineficaz sistema de justicia. En este caso es importante destacar que dado que la apelación contra el auto que admita una prueba no paraliza el curso de la causa, pues la misma es oída en el solo efecto devolutivo más no suspensivo, el operador de justicia de la instancia no se encuentra obligado a aguardar o esperar que se produzca la decisión de la alzada sobre las pruebas para dictar sentencia, por el contrario, el tribunal de instancia se encuentra en todo el derecho incluso en el deber procesal, de dictar sentencia, aún sin estar resulta la incidencia de las pruebas cuestionadas a través de la apelación, por lo que de producirse la negativa de admisión de alguna prueba, igualmente el tribunal se encuentra en el deber de emitir su fallo, aún sin aguardar que la alzada se pronuncie sobre la apelación de la decisión que negó la admisión de la prueba.

---

[490] Si el procedimiento donde se admiten o niegan las pruebas es de carácter mercantil, el lapso de apelación conforme a lo previsto en el artículo 1.114 del Código de Comercio, será de tres días de despacho.

De lo anterior es concluyente que el operador de justicia no puede aguardar o suspender el proceso, especialmente la toma de la decisión, so pretexto de no existir decisión sobre la apelación contra el auto que admitió no negó la admisión de las pruebas, ya que éste -llegada la oportunidad de emitir el fallo- deberá producirlo aún sin que esté resuelta la apelación contra el auto de providenciación de las pruebas, de manera que apelada la decisión definitiva, una vez que la misma es oída en ambos efectos –suspensivo y devolutivo- se procederá a remitir el expediente junto con oficio al juzgado superior jerárquico en forma vertical que funja como distribuidor –de ser el caso- quien previa la insaculación correspondiente, determinará el tribunal que conocerá de la causa, correspondiéndole a éste tribunal de la apelación contra la decisión definitiva producida en la instancia y ante quien deberá acumularse el expediente de la apelación interlocutoria de las pruebas, producir el pronunciamiento sobre el tema de la prueba como punto previo en la sentencia definitiva y eventualmente sobre el fondo de la causa, tal como lo dispone el artículo 291 del Código de Procedimiento Civil, que expresa […] *La apelación de la sentencia interlocutoria será oída solamente en el efecto devolutivo, salvo disposición especial en contrario. Cuando oída la apelación, esta no fuere decidida antes de la sentencia definitiva, podrá hacérsele valer nuevamente junto con la apelación de la sentencia definitiva, a la cual se acumulará aquella. En todo caso la falta de apelación de la sentencia definitiva, producirá la extinción de las apelaciones de las interlocutorias no decididas*."

Observemos de la norma antes transcrita, que si apelado el auto de providenciación de pruebas y una vez producida la sentencia definitiva en el tribunal de la causa, la misma no es apelada -lo cual se traduce en su firmeza- se produce la extinción de la apelación contra la providenciación de las pruebas, lo cual quiere decir que para poderse hacer valer en la alzada la apelación interlocutoria contra el auto que admitió o negó la admisión de las pruebas, es necesario que a su vez se haya recurrido de la decisión definitiva que dicte el tribunal de la instancia. Igualmente y para poderse acumular las apelaciones en la alzada, para poderse aplicar el artículo 291 del Código de Procedimiento Civil, se requiere que la apelación contra el auto que admitió o negó la admisión de las pruebas, se haya tramitado, que la misma se encuentre en la alzada, ya que de lo contrario de haberse apelado contra dicho auto y de no haberse gestionado la apelación, no podrá existir acumulación alguna, toda vez que la apelación contra la decisión interlocutoria nunca llegó a la alzada, requisito indispensable para realizar la acumulación, por lo que en este caso la apelación contra la interlocutoria de pruebas podrá hacerse valer nuevamente en la alzada que conozca de la apelación contra la sentencia definitiva a través de la figura del replanteo del asunto.

La acumulación de los procesos que se analiza puede tener lugar, por solicitud que haga el tribunal de alzada -que esté conociendo de la apelación contra la sentencia definitiva- al tribunal de alzada que esté conociendo de la decisión interlocutoria sobre las pruebas, así como por remisión que le haga éste último al primero, de manera que si el tribunal de alzada en su decisión definitiva como punto previo,

considera al resolver sobre la apelación contra el auto de admisión de las pruebas –luego de producida la acumulación- que el medio probatorio admitido por el tribunal de la causa no debió admitirse, no podrá pronunciarse sobre el fondo de la controversia y al efecto deberá declararse la nulidad de la sentencia dictada por el tribunal de la instancia, reponiéndose la causa al estado de dictarse un nuevo fallo definitivo conforme a lo previsto en el artículo 208 del Código de Procedimiento Civil, pero sin tomar en consideración la prueba cuya admisión fue negada por la alzada, destacándose que como ya el tribunal de la instancia emitió su pronunciamiento y sentó posición sobre le tema sometido a su jurisdicción, no podrá decidir nuevamente y deberá necesariamente inhibirse por estar incurso en la causal de incompetencia subjetiva contenida en el ordinal 15 del artículo 82 del Código de Procedimiento Civil.

Pero **¿podría al tribunal de alzada luego de declarada con lugar la apelación contra la interlocutoria de pruebas, anular el fallo definitivo dictado por el tribunal de la causa y proceder a conocer del fondo?**

Ya hemos asomado la respuesta a la interrogante, pero ofreciendo una explicación más amplia diremos que la actividad probatoria por antonomasia es la instancia, donde las partes tienen la carga de proponer los medios probatorios que alleguen al proceso las fuentes que servirán, para el establecimiento o verificación de los hechos por comparación con los enunciados o afirmaciones contenidos en la pretensión o excepción, lo que servirá para la convicción o certeza judicial acerca de la existencia o no de alguna de las proposiciones institucionales afirmadas o negadas como presupuesto de las normas que consagran las consecuencias jurídicas que se persiguen, correspondiéndole a los grados siguientes y especialmente a la apelación, la revisión del contenido de la decisión de instancia así como de los actos procesales precedentes; lo dicho y respecto al tema de la apelación contra la sentencia interlocutoria que providencie las pruebas necesariamente debe llevarnos a la afirmación que la alzada al constatar la errada decisión de instancia sobre el tema probatorio, por haber admitido un medio que era inadmisible, debe proceder a la anulación no solo de la interlocutoria de pruebas sino de la sentencia de fondo, sin poder entrar a conocer del fondo de la causa y debiendo reponer la causa al estado que la instancia vuelva a dictar un fallo sin tomar en consideración la prueba negada por la alzada, lo contrario conllevaría a la vulneración del derecho constitucional y humano al doble grado de conocimiento que garantiza la tutela judicial efectiva a que se refiere el artículo 26 constitucional, lo que permite afirmar e insistir en que siempre la nulidad de la sentencia producida por la declaratoria de procedencia de la apelación contra la interlocutoria de pruebas, conducirá a la reposición de la causa, estando el superior jerárquico vertical interdictado de dictar sentencia so pena de vulnerar el citado derecho constitucional.

Igualmente si el tribunal de alzada considerare que la prueba inadmitida o negada por el tribunal de la causa debió ser admitida, se declarará la nulidad del fallo reponiéndose –conforme a lo previsto en

el artículo 208 del Código de Procedimiento Civil- la causa al estado que el tribunal de la instancia fije un plazo para la materialización de la prueba, vencido el cual e indistintamente de su evacuación o no, pues la parte no está en la obligación de evacuar el medio probatorio admitido, se procederá como lo indica el artículo 511 del Código de Procedimiento Civil, teniendo lugar los informes al décimo quinto día de despacho siguiente al vencimiento del plazo de evacuación de la prueba, siguiéndose posteriormente los lapsos del proceso ordinario. Importa destacar que la razón o motivo por el cual el legislador no ordenó la tramitación del proceso en la forma indicada en el artículo 511 del Código de Procedimiento Civil, en aquellos casos donde se hubiese negado en la alzada la admisión de la prueba admitida por la instancia, es precisamente por el hecho que son los informes la oportunidad legal que tendrán las partes para referirse a las pruebas evacuadas, y por cuanto en éste caso lo sucedido es que la prueba no ha sido admitida, no existe nada a lo cual referirse.

Por otro lado también es pertinente señalar que en caso que el tribunal de alzada haya declarado la nulidad de la decisión dictada por el tribunal de la instancia, bien como consecuencia de haber admitido una prueba cuya admisión había sido negado, bien por haber negado la admisión de la prueba que hubiese sido admitida, todos los demás actos procesales incluso los demás medios de prueba promovidos y evacuados en la instancia, no se afectan en forma alguno, teniendo toda validez y eficacia.

Sobre el tema en comento el doctrinario Ricardo HENRÍQUEZ LA ROCHE, mantiene el criterio que el tribunal de la causa en caso de estar pendiente la decisión de la apelación contra el auto que admitió o negó la admisión de las pruebas, no podrá sentenciar hasta tanto no se resolviera la apelación, ello como consecuencia –a su decir- que el juez no podría continuar el proceso si luego tiene que dejar sin efecto los informes y las observaciones y reponer el juicio al estado de evacuar la prueba admitida por el superior, para luego proceder otra vez de acuerdo a lo establecido en el artículo 511 del Código de Procedimiento Civil, por lo –señala- bajo el nuevo régimen probatorio no tiene vigencia la jurisprudencia del 30-06-59, según la cual los jueces de instancia podrían dictar la definitiva pendiente la apelación interpuesta contra la decisión interlocutoria oída en un solo efecto.[491] Esta postura del citado doctrinario resulta a todas luces errónea, no solo por el hecho que y como señalamos, la apelación contra el auto de pruebas se admite en el solo efecto devolutivo, sino que además y conforme al vigente sistema procesal, el artículo 291 del Código de Procedimiento Civil permite u otorga la posibilidad de producir la decisión definitiva, sin aguardar el resultado de la decisión que resuelva la apelación contra un fallo interlocutorio, en cuyo caso es perfectamente viable la acumulación en la alzada de ambos apelaciones, pues podría suceder que no existiera apelación contra la sentencia definitiva de la instancia, lo cual se traduciría en la extinción de las apelaciones contra las decisiones interlocutorias; también diremos que el

---

[491] Ricardo HENRNÍQUEZ LA ROCHE, ob. cit.

aguardar las resultas de la apelación contra una decisión interlocutoria, produciría un retardo procesal injustificado que activaría las sanciones disciplinaria de los operadores de justicia, donde pudiera incluso hablarse de denegación de justicia e inobservancia sustancial de las normas procesales, que también activaría la responsabilidad personal del juzgador contenida en los artículos 49.8 y 255 constitucionales.

Otro escenario que pudiera plantearse respecto al tema que tratamos, es que la **alzada resolviera la apelación contra el auto que admitió o negó la admisión de la prueba, antes que el tribunal de la causa emitiera su fallo definitivo,** en cuyo caso de negar el tribunal de alzada la admisión de la prueba que en la instancia se había admitido, el efecto será el de emitir el fallo correspondiente pero sin tomar en consideración la prueba; por el contrario, si el tribunal de alzada admitió la prueba negada por el tribunal de la instancia, éste deberá fijar un plazo para su evacuación, vencido el cual, se procederá conforme a lo indicado en el artículo 511 del Código de Procedimiento Civil, debiendo tener lugar el acto de informes siguiéndose su tramitación por la vía del proceso ordinario.

También puede darse el caso que **el tribunal de alzada se pronuncie sobre la apelación contra la admisión o negativa de admisión de las pruebas, y el tribunal de la causa haya emitido su fallo definitivo, encontrándose el proceso en el lapso de apelación, o bien para la notificación de las partes sobre la sentencia definitiva**, caso en el cual no podría solicitarse la reposición de la causa, por cuanto chocaríamos con la norma contenida en el artículo 252 del Código de Procedimiento Civil, por lo que al apelarse de la decisión definitiva tendría que hacerse valer en la alzada la decisión interlocutoria que contiene el pronunciamiento de las pruebas, para que sea ésta quien en definitiva proceda a anular el fallo de la instancia, conforme a lo previsto en el artículo 208 del Código de Procedimiento Civil, reponiendo la causa al estado de emitirse un nuevo fallo sin tomar en consideración la prueba inadmitida por la alzada, o bien que se fije un plazo para la evacuación de la prueba admitida por la alzada, tal como se analizo en los escenarios anteriores

Por último y sobre el tema abordado, es interesante destacar que el hecho que la parte no haya hecho oposición a la admisión de las pruebas, en nada influye sobre le derecho que tienen de apelar contra el auto que admite las o niega la admisión de las mismas, pues en todo caso el judicante y conforme al orden público que envuelve al tema probatorio, es persona obligada de oficio a analizar la legalidad, pertinencia, relevancia, licitud, tempestividad, idoneidad, regularidad de la promoción e identificación del objeto de las pruebas promovidas.

¿La decisión que dicte el juzgado superior jerárquico vertical que conozca de la apelación contra el auto de pruebas, tiene casación?

Paras responder esta interrogante diremos que la decisión de la alzada con respecto a la recurribilidad de autos de prueba, se refiere a una decisión interlocutoria que causa un gravamen que

puede ser reparado por la sentencia definitiva, lo que se traduce en que no hay casación de inmediato sino en forma refleja, diferida o mediata, donde la parte tendrá que aguardar la sentencia definitiva de última instancia –general aunque no necesariamente segundo grado de jurisdicción- y solo en esa oportunidad, en la medida que la decisión tenga acceso a la sede casacional y siempre que no se haya corregido el gravamen producido por la interlocuria de pruebas, es que podrá recurrirse extraordinariamente del mismo –fallo definitivo- quedando comprendido en dicho anuncio todas aquellas interlocotorias que hayan producido gravamen no reparado en la decisión definitiva. De esta manera al anunciarse el recurso de casación contra la sentencia definitiva, quedarán comprendidas aquellas interlocutorias contra las cuales se hubieran agotado los recursos ordinarios, siempre que la decisión definitiva no hubiese corregido el gravamen producido, todo lo cual determina que estamos ante la presencia de una casación diferida, no existiendo casación de inmediato para las decisiones en materia recursiva probatoria, recurso que estará supeditado al cumplimiento de los requisitos legales para acceder a la casación, tales como la cuantía del asunto, la legitimación, el interés, la naturaleza de la decisión recurrida, la tempestividad, quedando como carga de la parte interesada al momento de formalizar el recurso de casación, delatar los vicios de forma o fondo que pueda contener la decisión interlocutoria de pruebas, que de ser casada y de tratarse de pruebas determinantes de las resultas del proceso, conducirá a la demolición del fallo definitiva y la reposición de la causa al estado correspondiente en la instancia, lo que incluso opera en materia de vicios de fondo detectados en aquella interlocutoria sin producirse el efecto de reenvío propio de este tipo de falencia.

Pero **¿por qué no conceder de inmediato el recurso de casación contra la interlocutoria de pruebas?**

Resulta lógico no conceder el recurso de casación de inmediato sino en forma diferida o concentrada al recurso contra la sentencia definitiva, pues es perfectamente viable que la sentencia definitiva pudiera corregir el agravio producido por la interlocutoria de pruebas, lo que haría innecesario el tema de la casación, aunado al hecho que pudiera no haber apelación contra la sentencia de la instancia ni casación contra la de alzada, lo que conduciría a la muerte de aquella apelación interlocutoria de pruebas.

3.6. Admisión tácita de los medios probatorios propuestos por las partes por falta de pronunciamiento del tribunal.

Hemos dicho que el judicante tiene tres días de despacho computados a partir del vencimiento del lapso de oposición o convenimiento de las pruebas, para providenciar las mismas, pero **¿qué sucede cuanto**

el juez no se pronuncia sobre la admisión de las pruebas? la respuesta a la interrogante la ubicamos en el artículo 399 del Código de Procedimiento Civil, donde se indica que […] *Si el Juez no providenciare los escritos de prueba en el término que se le señala en el artículo anterior, incurrirá en una multa disciplinaria de quinientos a mil quinientos bolívares, que le impondrá el Superior de acuerdo con el artículo 27; y si no hubiere oposición de las partes a la admisión, éstas tendrán derecho a que se proceda a la evacuación de las pruebas, aún sin providencia de admisión. Si hubiere oposición sobre la admisión de alguna prueba, no se procederá a evacuar ésta sin la correspondiente admisión."*

Observemos de la norma transcrita que si existe oposición de alguna o ambas partes a la admisión de los medios probatorios, el lapso de evacuación de pruebas no se computará hasta tanto el tribunal se pronuncie en forma expresa sobre la admisión o negativa de admisión de las pruebas, siendo oportuno destacar que estando sujeto a apelación el auto de admisión, el lapso de cinco días de despacho para recurrir del mismo, se computará paralelamente con el lapso de evacuación de pruebas, en otros términos, los primeros cinco días del lapso de evacuación de los medios probatorios serán los mismos cinco –tres para el caso mercantil- días para apelar del auto de admisión o negativo de admisión de las pruebas; por el contrario y conforme a la precitada norma, si no existiere oposición de las partes a la admisión de las pruebas y el tribunal no emitiere el auto correspondiente, las partes tendrán derecho a que se proceda a la evacuación de las pruebas promovidas, al considerarse que la mismas quedan tácitamente admitidas.

Esta norma que permite la admisión tácita de los medios probatorios propuestos por las partes y que involucra que el lapso de evacuación de las pruebas se compute a partir del vencimiento del lapso a que se refiere el artículo 398 del Código de Procedimiento Civil, únicamente puede tener lugar en aquellos casos en que la prueba promovida sea la instrumental, pues la misma no requiere de evacuación –sólo en el procedimiento civil ordinario escrito- ya que su promoción en sí misma contiene su evacuación, pero en relación a aquellos otros medios de prueba que requieran de evacuación, que requieran de la previa fijación por parte del órgano jurisdiccional del día y hora para que tenga lugar el acto de evacuación o materialización de la prueba, como sucede en los casos de posiciones juradas o confesión provocada, declaración de testigos, exhibición de documentos, inspección judicial, experticia y juramento decisorio, reproducciones, reconstrucciones, pericias científicas entre otros, no puede tener lugar la regla de la admisión tácita a que se contrae la norma en estudio, ya que si la parte se presentare por ejemplo con el testigo, de no estar presente la parte contraria en el recinto del tribunal, se le cercenaría el derecho constitucional de fiscalizar o controlar la prueba, situación ésta que es intolerable en un proceso jurisdiccional, pero no extraño en nuestra fauna judicial.

No podría hablarse por ejemplo de admisión tácita de medios de prueba y de la posibilidad de computar el lapso de evacuación, el cual estaría corriendo una vez vencido el lapso para la providenciación de las pruebas, si una de las pruebas promovidas debiera evacuarse ante un tribunal comisionado, donde

obligatoriamente el tribunal de la causa tendría que librar el oficio y la comisión correspondiente, por lo que el lapso de evacuación de pruebas no estaría computándose al requerirse para la evacuación de los medios la previa fijación del día y hora en que tendrá lugar su materialización, así como el librando del precitado despacho de comisión, situación esta que genera seguridad jurídica al permitir a las partes tener el previo conocimiento –principio de publicidad- del momento en que deberán comparecer si quieren haber uso de su derecho constitucional de controlar o fiscalizar los medios de prueba. En todo caso es inaplicable la admisión tácita a que se refiere el artículo 399 del Código de Procedimiento Civil, en todos aquellos supuestos donde deba fijarse la oportunidad procesal para la práctica de la prueba, por lo que no obstante a la inexistencia de la oposición a la admisión de las pruebas, el proceso quedará en suspenso hasta tanto el tribunal proceda en forma expresa a pronunciarse sobre las pruebas promovidas, oportunidad a partir de la cual y una vez que se produzca la notificación de las partes, comenzará a computarse el lapso de evacuación de pruebas.

3.7. Evacuación de los medios probatorios promovidos por las partes y admitidos por el judicante.

El lapso de evacuación o materialización de los medios probatorios en el sistema de procedimiento civil escrito, será de treinta días de despacho, los cuales se computarán a partir del día de despacho siguiente al auto de admisión de las pruebas, si el mismo fue dictado en tiempo oportuno o a partir del día de despacho siguiente a la constancia en autos de la notificación de las partes, si la providenciación de las pruebas fue a destiempo; igualmente podría computarse el lapso de evacuación de pruebas, a partir del día de despacho siguiente al vencimiento del lapso de providenciación de las pruebas, si éstas no han sido providenciadas, siempre y cuando se trate de la prueba instrumental –admisión tácita de las pruebas- a que nos referimos anteriormente. Pero destaquemos que para el cómputo del lapso de evacuación de pruebas, no se requiere dejar transcurrir íntegramente el lapso de tres días de despacho de su admisión, no operando el principio de preclusión de los lapsos procesales, dado que el mismo artículo 400 del Código de Procedimiento Civil, comienza señalando "*Admitidas las pruebas, o dadas por admitidas*", lo que significa que si la providenciación de las pruebas se produce el primero o el segundo de los tres días a que se refiere el artículo 397 ejusdem, al día siguiente comenzará a computarse el lapso de evacuación de medios probatorios que y como indicamos, cabalga con el lapso para recurrir de la decisión interlocutoria sobre pruebas.

Con relación al cómputo del lapso de evacuación de pruebas nuestro padre Humberto BELLO-LOZANO MÁRQUEZ nos enseñaría, que cuando el legislador en el artículo 399 del Código de Procedimiento Civil, se refiere a que las partes tienen el derecho a que se proceda a la evacuación de las

pruebas aún sin providencia del juez, en los casos en que no exista oposición, no debe entenderse a que automáticamente el lapso de evacuación de pruebas comienza a computarse, pues la verdadera interpretación –dice BELLO-LOZANO MÁRQUEZ- es que las partes tienen el derecho de hacer evacuar las pruebas, por lo que si las partes no hacen uso de aquel derecho, el tiempo de evacuación de las pruebas comienza a computarse a partir del auto de admisión,[492] criterio que compartimos con la sola adición de los razonamiento antes expuestos.

El tema del cómputo del lapso de evacuación de pruebas se encuentra recogido en el artículo 400 del Código de Procedimiento Civil que señala […] *Admitidas las pruebas, o dadas por admitidas conforme a los artículos precedentes, comenzarán a computarse los treinta días destinados a la evacuación; pero si hubieren de practicarse algunas mediante comisión dada a otro tribunal, se hará el cómputo del lapso de evacuación del siguiente modo: 1° Si las pruebas hubieren de practicarse en el lugar del juicio, se contarán primero los días transcurridos en el Tribunal después del auto de admisión hasta la salida del despacho para el Juez comisionado exclusive, y lo que falta del lapso, por los días que transcurran en el Tribunal comisionado, a partir del día siguiente al recibo de la comisión. 2° Si las pruebas hubieren de evacuarse fuera del lugar del juicio, se contarán a partir del auto de admisión: primero el término de la distancia concedido para la ida; a continuación, los días del lapso de evacuación que transcurran en el Tribunal comisionado, a partir del día siguiente al vencimiento del término de la distancia, de lo cual dejará constancia el comisionado; y finalmente, el término de la distancia de vuelta. No se entregarán en ningún caso a las partes interesadas los despachos de pruebas para los jueces comisionados. Si las comisiones no fueren libradas por falta de gestión del interesado, el lapso de evacuación se computará por los días que transcurran en el Tribunal de la causa.*"

Conforme a la precitada norma tenemos que si los medios de prueba deben **evacuarse en el mismo tribunal de la causa**, el lapso de evacuación será de treinta días de despacho que se computarán por los días que el tribunal tenga a bien despachar, conforme a lo previsto en el artículo 197 *ejusdem*. Pero si las pruebas promovidas deben **evacuarse en un tribunal comisionado pero de la misma circunscripción judicial**, el cómputo del lapso –de evacuación de los medios probatorios por el comisionado- para esa prueba en particular, se hará de la siguiente manera: Se computarán primero los días de despacho que transcurran en el tribunal de la causa –comitente- hasta el día de "*salida*" del despacho de comisión –exclusive- el cual no se computa como día de evacuación de pruebas y seguidamente, recibida la comisión por el tribunal comisionado –por auto expreso- continuará computándose el resto del lapso de evacuación de esa prueba, por los días de despacho de dicho tribunal, a partir del auto expreso donde se le dé entrada a la comisión, tal como lo dispone el precitado artículo 400.1 del Código de Procedimiento Civil, siendo importante destacar que si el despacho de pruebas no fuera "librado" por falta de gestión del interesado, el lapso de evacuación de la prueba comisionada se

[492] Humberto BELLO-LOZANO MÁRQUEZ. Ob. cit. pp. 130 y ss.

computará por los días que transcurran en el tribunal de la causa, incluso, si fuere "librado" pero no se le hubiera dado "salida", el lapso de evacuación de pruebas correrá o transcurrirá en el tribunal de la causa paralizándose el mismo en el momento de la "salida" de la comisión y reactivándose al momento del día de despacho siguiente al auto que de entrada a la comisión.

De lo dicho y para un mayor entendimiento del lector debe conducirnos a diferenciar lo que es el "libramiento" de la comisión de su "salida", el primero que está representado por la realización e incorporación en las actas procesales –expediente- del oficio y el despacho de comisión y que no suspende el lapso de evacuación de pruebas respecto a la comisionada; y la "salida" que es una actuación administrativa generalmente en cabeza de alguaciles donde se anota en el libro de salido de oficios o despachos la comisión librada, acto éste que es el que interrumpe el lapso de evacuación de pruebas computados por los días de despacho transcurridos en el tribunal de la causa y que se reactiva –como indicamos- luego que el tribunal comisionado –exclusive- dicta el auto expreso donde le da entrada a la comisión recibida. De esta manera el litigante debe estar pendiente, pues si el despacho de comisión ha sido librado y no se le ha dado salido, es perfectamente viable y legal que se consuma el lapso de evacuación de la prueba comisionada en el tribunal de la causa, que insistimos, solo se interrumpe cuando se anota la salida en el libro respectivo.

Por su parte si el medio probatorio debe **evacuarse en un tribunal comisionado pero de distinta circunscripción judicial al del tribunal de la causa o comitente**, el lapso de evacuación de esa prueba en particular se computará de la siguiente manera: Primero el término de la distancia concedido para la ida; a continuación los días de despacho del lapso de evacuación de pruebas que transcurran en el tribunal comisionado, a partir del día siguiente al vencimiento del término de distancia de ida –siempre en el entendido que el tribunal comisionado debe darle entrada a la comisión por auto expreso- de lo cual dejará constancia el comisionado; y finalmente el término de la distancia de venida o vuelta, tal como lo dispone el ordinal 2° del artículo 400 del Código de Procedimiento Civil. En este caso también opera el tema del "libramiento" y la "salida" de la comisión, de manera que si el despacho no se ha librado o habiéndose librado no se le ha dado salido, en el tribunal de la causa comenzará a computarse o consumarse el término de la distancia de ida, vencido el cual comenzará a contarse el lapso de evacuación, por lo que resulta perfectamente válido y legal que si el interesado no está pendiente que a la comisión de le dé la "salida" en el libro respectivo, el lapso de la prueba -término de la distancia y de evacuación- se consumará en el tribunal de la causa, hasta la precitada salido como único acto que interrumpe el cómputo de los lapsos del medio probatorio comisionado.

Ya para terminar este punto debemos indicar, que si se presentan los supuestos de pruebas a evacuarse en el tribunal de la causa y ante los comisionados, sean tanto de la misma como de diferentes

circunscripciones judiciales, el cómputo de los lapsos en los tres escenarios son diferentes, vale decir, que cada prueba tendrá su propio cómputo dependiente del supuesto en que nos encontremos –mismo tribunal o comisionados-. También destaquemos que la propia norma que estudiamos indica la prohibición del tribunal de entregar a las partes los despachos de prueba, ello por seguridad jurídica y para evitar retardos maliciosos, aunado al hecho que cuando deba comisionarse, en cada despacho deberá el comitente indicar los días de despacho transcurridos en el tribunal de la causa, para que el comisionado tenga conocimiento de los días que le quedan para evacuar la prueba.

3.8. Medios probatorios a evacuar en el extranjero. Término ultramarino

Cuando las pruebas promovidas en el proceso deban evacuarse en el exterior, nuestra legislación permite excepcionalmente otorgar un plazo para su evacuación mayor al ordinario, denominado término extraordinario o ultramarino, el cual se encuentra contenido en el artículo 393 del Código de Procedimiento Civil que señala […] *Se concederá el término extraordinario hasta de seis meses para las pruebas que hayan de evacuarse en el exterior, siempre que concurra alguna de las circunstancias siguientes: 1° Que lo que se intentare probar haya ocurrido en el lugar donde haya de hacerse la prueba. 2° Que haya constancia de que los testigos que deban declarar residan en el lugar donde haya de evacuarse la prueba. 3° Que, en el caso de ser instrumental la prueba, se exprese la oficina donde se encuentren los instrumentos o la persona en cuyo poder existan*." La concesión de éste término extraordinario, el cual puede ser hasta de seis meses para evacuar la prueba en el exterior, se requiere de la concurrencia de las siguientes circunstancias:

a. Que el hecho que se intente demostrar en el proceso haya ocurrido en el lugar donde haya de hacerse la prueba.
b. Que en caso de ser una prueba testimonial que deba evacuarse en el exterior, exista constancia que los testigos que deban declarar residan en el lugar donde haya de evacuarse la prueba.
c. Que de ser la prueba instrumental, se expresa la oficina donde se encuentren los instrumentos o las personas en cuyo poder existan.

La única forma de poder otorgarse el término de evacuación de pruebas extraordinario o ultramarino, es que concurra alguno de los supuestos señalados, caso en el cual el tribunal podrá conceder hasta un plazo máximo de seis meses para materialización la prueba en el extranjero, todo en el entendido –como lo señala el artículo 394 del Código de Procedimiento Civil- que de haber sido concedido este plazo ultramarino sin que la parte haya practicado las diligencias necesarias para la práctica de la prueba, o que de lo actuado apareciere que la solicitud fue maliciosa con el objeto de retardar el proceso, se impondrá al solicitante una multa no menor a dos mil bolívares ni mayor a cinco mil, en beneficio de la

parte contraria como indemnización por los perjuicios sufridos por la dilación. En este sentido la precitada norma expresa que […] *Si la parte que ha obtenido el término extraordinario de pruebas de que trata el artículo precedente, no practicare las diligencias consiguientes, o de lo actuado apareciere que la solicitud fue maliciosa, con el objeto de retardar el juicio, se le impondrá una multa no menor de dos mil bolívares ni mayor de cinco mil, en beneficio de la parte contraria como indemnización por los perjuicios sufridos por la dilación*."

4. MOMENTO DE LA PRUEBA EN LA INCIDENCIA A QUE SE REFIERE EL ARTICULO 607 DEL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL.

Conforme a lo establecido en el artículo 607 del Código de Procedimiento Civil, si por resistencia de alguna de las partes o alguna medida legal del operador de justicia, por abuso de algún funcionario o por necesidad del procedimiento, una de las partes reclamare alguna providencia, el juzgador ordenará que en el mismo día que la otra parte conteste en el siguiente, y hágalo o no deberá resolverse a mas tardar dentro del tercer día lo que se considere pertinente, salvo que exista la necesidad de esclarecer algún hecho controvertido, caso en el cual el operador de justicia abrirá una articulación probatorio de ocho día, sin termino de la distancia, debiendo en todo caso decidir al día siguiente al vencimiento de la referida articulación probatoria, al día noveno, siempre que la decisión del juez no influya en la decisión de la causa, pues de lo contrario el debate de la incidencia deberá decidirse en la decisión definitiva.

Esta incidencia que puede surgir en el marco del procedimiento judicial, la encontramos tanto en el procedimiento de cobro de honorarios de abogados por actuaciones de carácter judicial, como en fase de ejecución de sentencia, conforme a lo establecido en el artículo 533 del Código de Procedimiento Civil, cuando surja cualquier otra incidencia en esta fase terminal del proceso judicial, entre otros casos; incidencia que probatorio que se caracteriza por no existir una división o parcelamiento de las actividades procesales, como sucede en el procedimiento ordinario donde expresamente se encuentran previstas las diferentes etapas del momento de la prueba judicial, de manera que en la incidencia a que se refiere el artículo 607 del Código de Procedimiento Civil, la etapa de proposición de los medios probatorios, de oposición, providenciación y evacuación se confunden en un mismo tiempo procesal, no existiendo –insistimos- parcelamiento de dichos momentos en esta lapso de ocho (8) días de despacho, lo que trae como consecuencia que por la naturaleza de las pruebas e incluso por el hecho que las mismas se propongan en los últimos días del lapso, perfectamente puede suceder que su evacuación deba realizarse una vez vencida la breve articulación probatoria, todo lo que nos coloca ante la interrogante de si el operador de justicia debe apreciar estas pruebas o desecharlas por extemporáneas.

Al respecto es preciso insistir que el legislador no previó ni estableció como carga procesal de los promoventes, que éstos debieran promover sus medios probatorios en los primeros días del lapso de la articulación probatoria, lo que conforme al principio probatorio de aportación de pruebas –derecho al debido proceso- no puede negársele su proposición en los últimos días del lapso, ya que estamos precisamente en un lapso mixto donde se confunden las actividades probatorias; pero de producirse las pruebas en los últimos días de la incidencia, si por su naturaleza no fuera posible su materialización dentro de la incidencia, incluso en casos que de haberse promovido en los primeros días pero que por su naturaleza no pudieran evacuarse o materializase dentro de la breve incidencia, de materializarse fuera de la incidencia pensamos que para nada afectaría su valor probatorio, ya que precisamente el proceso es el instrumento para la realización de la justicia como valor superior del ordenamiento jurídico, lo cual solo podrá alcanzar el operador de justicia mediante la verdad que le suministren las pruebas, de manera que el desechar las pruebas propuestas oportunamente en la incidencia por haber sido evacuadas fuera de ella, sin tomar en consideración la brevedad del lapso y la naturaleza de la prueba que pueda requerir indefectiblemente para su evacuación de un lapso probatorio mas amplio que unos simples ocho días de despacho, al final no se traducirá en otra cosa que en el desconocimiento del debido proceso y su finalidad constitucional, el derecho a la prueba judicial y a la demostración de la verdad como elemento que llevará al juez a dictar una sentencia con justicia.

En este orden de nuestro pensamiento afirmamos que el operador de justicia solo debe tener presente la debida diligencia que en materia probatoria compete a las partes, para proponer las pruebas en tiempo oportuno y que su evacuación se produzca en el tiempo procesal fijado por el legislador, mas cuando la prueba –indistintamente de la debida diligencia de las partes- no puede evacuarse en un tiempo breve como lo es el previsto en la incidencia a que se refiere el artículo 607 del Código de Procedimiento Civil, dada su naturaleza compleja, sean tasadas o libres, como pudiera suceder con experticias, posiciones juradas que requieran de de citación previa, prueba de informes, mecánica de exhibición que requiera de citación previa, reproducción, reconstrucciones o experimentos, inspecciones judiciales y cualquier otro medio de prueba tasado o libre que necesite de un lapso probatorio amplio para su materialización, el operador de justicia deberá dictar las medidas necesarias para fijar el tiempo de su evacuación, siendo perfectamente apreciables no obstante a ser recibidas fuera del lapso de la incidencia, sin necesidad de prórroga o reapertura del lapso de la incidencia, todo lo que garantiza el derecho a la prueba judicial y a la defensa, cumpliéndose así el fin constitucional del proceso como lo es la realización de la justicia.

No obstante a lo anterior, el criterio del Tribunal Constitucional ha sido otro, señalando que cuando se trate de pruebas que por su naturaleza simple y no compleja no requieran de la fijación de un lapso mayor al previsto en el artículo 607 del Código de Procedimiento Civil para su evacuación, las partes

tienen la carga de producirlas en tiempo oportuno en el marco de la precitada incidencia, por lo que en caso que la prueba se produzca en los últimos días de la incidencia -como pudiera ser testimoniales o instrumentales- si su evacuación pudiera caer fuera del lapso de la incidencia, la parte estaría en el deber de solicitar una prórroga o reapertura del lapso, lo cual sería apreciado por el operador de justicia a los fines de conceder o no la solicitud hecha, analizando al efecto la debida diligencia del proponente así como causas extrañas no imputables a la parte que hacen necesaria la prórroga o la reapertura, sin lo cual no podrían ser valoradas por el judicante. En estos términos ha doctrinado el precitado Tribunal Constitucional:

> Hasta el Código de Procedimiento Civil de 1897, el término probatorio no se encontraba segmentado como en el actual, para que, dentro de cada segmento, llevaran a cabo las partes y el tribunal actividades preclusivas, sino que dentro de él, conjuntamente, se promovían y evacuaban las pruebas.
>
> Observa el tratadista Arminio Borjas (Comentarios al Código de Procedimiento Civil Venezolano, tomo III, p. 193, Edit. Bibloamericana. Argentina-Venezuela) *"…Antes de la reforma de 1897, la ley declaraba que el lapso de pruebas era de treinta días, sin destinar especialmente a la promoción de éstas ninguna parte de él, por lo cual, durante todos dichos días se las podía indistintamente promover y evacuar, … omissis … y tanto para el Juez como para las partes se hacía embarazoso, y aún quedaba expuesto para éstas a peligrosas alevosías, el derecho de promover nuevas probanzas hasta en el último de los treinta días del término."*
>
> Para esta Sala, conforme a los comentarios de Borjas, era claro que en los términos diseñados para que conjuntamente se promovieran y evacuen pruebas, hasta los últimos días del lapso eran hábiles para ofrecer medios de pruebas, ya que ese era un derecho de las partes. Reminiscencias en el vigente Código de Procedimiento Civil de este tipo de término único para promover y recibir pruebas es la articulación probatoria del artículo 607, norma que establece una articulación por ocho días sin término de distancia, lo que significa –ya que el Código de Procedimiento Civil no distingue- que dentro de la articulación se promoverán y evacuarán pruebas, ya que necesariamente el lapso probatorio es para ello.
>
> **Al no limitar el artículo 607 en comento los medios a promoverse, entiende la Sala que en un sistema de libertad de medios, los ofrecibles son tanto medios nominados como innominados**.
>
> **En consecuencia, testigos, experticias, inspecciones judiciales, documentos y otros medios no prohibidos expresa o tácitamente para las incidencias, pueden**

proponerse en estas articulaciones; y no señala el Código de Procedimiento Civil que las pruebas deban evacuarse obligatoriamente dentro de la articulación, y que si allí no se reciben, las que se insertaren luego resultaren extemporáneas. Si no existe tal distinción en la ley, el intérprete tampoco debe distinguir.

Por lo tanto, a juicio de esta Sala, es posible que pruebas ofrecidas por las partes dentro de la articulación sean recibidas fuera de ella, como incluso ocurre con probanzas no evacuadas en el término de evacuación del juicio ordinario.

Para la Sala, sería contrario al derecho de defensa de las partes, cercenarles tal derecho, concretado en el ofrecimiento de pruebas, creándoles la carga de promoverlas en los primeros días de la articulación de ocho días (de despacho), cuando la ley no distingue oportunidad dentro del término para promoverlas, ni ordena tal proceder. Luego, todos los días, hasta el último de la articulación, son oportunos y temporáneos para ofrecer pruebas. Lo que sucede es que hay pruebas que pueden evacuarse sin lapso probatorio alguno para ello, ya que se reciben en un día prefijado, independientemente del lapso, mientras hay otras que requieren de un término destinado a la recepción de pruebas para que puedan ser incorporadas al proceso. Ello, debido a que con algunos medios pueden surgir diversas actividades concatenadas a su práctica, y por aplicación del principio de concentración de la prueba, el legislador ha querido que ellas se lleven adelante dentro de un lapso probatorio específico.

Ahora bien, a juicio de la Sala, para que las probanzas promovidas puedan evacuarse dentro o fuera de la articulación es necesario ponderar varias situaciones.

No prevé el artículo 607 que las partes puedan oponerse a las pruebas de su contraparte, pero siendo la oposición una emanación del derecho de defensa, ella es posible, y el juez tendría que decidirla, a fin de que la prueba pueda recibirse, si declara sin lugar la oposición y admite el medio.

Si el juez no decide la oposición, conforme al artículo 399 del Código de Procedimiento Civil, la prueba no podrá evacuarse, y en articulaciones de tan corto lapso, la recepción del medio necesariamente tendría que ser fuera del término probatorio del artículo 607. No aceptar tal situación sería dejar indefensa a la parte, infringiéndose así el artículo 49 constitucional. Si una de las partes promoviere testigos con citación previa a la declaración, podría ocurrir que el alguacil citara a los testigos para que declararan al octavo día, y sería injusto que el promovente no pueda

examinar a sus testigos, que comienzan a declarar ese día, porque se agota la audiencia, y aún no ha podido formular todas las preguntas, por lo que necesariamente la declaración de los testigos debería prorrogarse fuera del lapso.

Si se promoviere una experticia, en los primeros días del término, y las partes no se pusieran de acuerdo un solo experto, al segundo día de admitida la prueba, tendría lugar el acto de nombramiento de expertos, su juramentación será el tercer día siguiente al nombramiento (artículo 458 del Código de Procedimiento Civil), la notificación del nombrado por el juez, tendrá lugar tres días después de su notificación (artículo 459 del Código de Procedimiento Civil) y en este último supuesto, luego vendría la reunión para establecer el tiempo de la pericia, lo que necesariamente conduce a que el peritaje no pueda evacuarse dentro de las ocho audiencias ya que, por lo menos, cinco de ellas se han consumido en los trámites señalados. De allí que le propio Código de Procedimiento Civil en la incidencia nacida del desconocimiento de instrumentos privados (artículo 449) donde la prueba de experticia –cotejo- es la de mayor peso (artículo 445), y cuyo término probatorio es de ocho días, señaló que éste puede extenderse hasta quince días.

Estos ejemplos, a juicio de la Sala, demuestran que fuera de la articulación se pueden recibir pruebas, independientemente de la oportunidad de su promoción, pero que tal recepción obedece a situaciones especiales.

Es criterio de la Sala que con relación a la articulación probatoria del artículo 607, surge una situación casuística de acuerdo a la esencia de los medios de prueba que propongan las partes; correspondiendo al juez de oficio en algunos medios, señalar la evacuación de la prueba fuera de la articulación, dada la dificultad innata al medio de evacuarla dentro de los ocho días de despacho, y ese es, por ejemplo, el caso de la experticia.

También este es el caso de la inspección judicial, ya que el tribunal que la va a practicar, que es el de la causa, tiene que ejecutarla cuando sus ocupaciones lo permitan, lo cual puede ser fuera de la articulación probatoria, siempre que la provea dentro de ella.

Luego, en aras a garantizarle el derecho de defensa a las partes, a quienes el artículo 607 les ha otorgado un término probatorio de ocho días para promover y evacuar, no puede cargarse a las partes a que promuevan todas sus pruebas dentro de los primeros días, y tildárselas de negligentes o torpes, si no lo hacen, sobre todo cuando hay medios de alta dificultad, debido a su naturaleza, para

ser recibidos en la articulación, por lo que la audiencia que se utilizare para ofrecerlos sería indiferente, siempre que sea dentro del lapso.

A juicio de la Sala, resultaría un contrasentido que a las partes se les diere un término de ocho días para promover pruebas, y que las promovidas, en ejercicio de su derecho, el último día no fueran proveídas por el juez aduciendo que no puedan evacuarse dentro del lapso porque éste finalizó, cuando ya se ha apuntado que hay medios que pueden evacuarse fuera del término probatorio.

Es de recordar que con respecto a las pruebas temporáneas del último día, el juez tiene tres días para proveerlas, y esos días caen fuera de la articulación probatoria.

El quid del asunto, en criterio de esta Sala, radica en si el término para proveer o evacuar las admitidas se prorroga de oficio, o si él sólo se prorroga a instancias de parte, aplicando el artículo 202 del Código de Procedimiento Civil. **La Sala hace la salvedad de que los medios que por su esencia o naturaleza pueden recibirse fuera del lapso de evacuación, necesariamente, como garantía del derecho de defensa de quien lo propuso, se evacuarán fuera de la articulación en la oportunidad que fije el tribunal, como ocurre con la inspección judicial, o con el tiempo que el tribunal señale a los expertos.**

Se trata de medios que por su esencia, y sin que exista prórroga del término probatorio, ya que éste, como tal dejó de correr, se pueden evacuar fuera de dicho término, como ocurre con la experticia o inspección judicial, u otras pruebas cuya naturaleza sea semejante, y que debido a esa característica pueden proponerse hasta el último día de la articulación.

Pero con el resto de las probanzas, para las cuales la ley no previno, como lo hizo en la experticia (artículos 460 y 461 del Código de Procedimiento Civil) un término fijo que puede exceder del normal de evacuación, o que su práctica depende de cuando la actuación judicial puede llevarse a cabo; **la prueba debe ser evacuada dentro de un término para ello, el cual no puede exceder del establecido en la ley, y con respecto a esos medios, de no poder recibirse dentro del lapso, funciona a plenitud la institución de la prórroga de los términos, señalado el artículo 202 del Código de Procedimiento Civil y que se funda en la existencia de una causa no imputable a la parte que lo solicita, que hace necesaria la prórroga del lapso**.

> **Es criterio de la Sala, que desde este ángulo, hay medios que de ser promovidos en el último día de la articulación, el promovente debe pedir se prorrogue el término para que el tribunal los provea y se evacuen dentro del lapso de evacuación, que así se alarga. El juez examinará si acuerda o no acuerda la prórroga, juzgando si ella atiende realmente a una causa no imputable a quien la pide. Es en casos como éste, donde el juez puede examinar la negligencia en estos ofrecimientos tardíos de la prueba, y negar la prórroga, por lo que la articulación no se extenderá por ocho audiencias más para que se reciban las pruebas.**
>
> Resalta la Sala que se trata de una situación casuística, que depende de cada medio y de la necesidad, por su naturaleza, que se evacuen dentro del término de evacuación. Aquellos como la experticia, la inspección judicial, la exhibición de documentos o los informes (artículo 433 del Código de Procedimiento Civil), por ejemplo, que se reciben en una fecha, la cual puede señalarse fuera del término probatorio, podrán recibirse fuera de éste, al igual que lo que sucede con las comisiones o las rogatorias a evacuarse en cumplimiento de un término extraordinario de pruebas.
>
> Con relación a los otros medios simples, nominados o innominados (documentos privados, testigos, etc), que deben recibirse dentro de un término de evacuación (así sea conjunto con el de promoción), la posibilidad de insertarse al proceso fuera del término sólo es viable si éste se prorrogó o reabrió, y para ello es necesario que exista petición de parte, ya que es ella quien debe alegar y justificar la causa no imputable que le impide actuar dentro del término probatorio natural.[493] (Resaltado nuestro).

Como se observa la validez de la prueba realizada fuera de la incidencia breve a que se refiere el artículo 607 del Código de Procedimiento Civil, deberá ser analizado en cada caso concreto, según la naturaleza simple o compleja de la probanza y ateniéndose a la diligencia de las partes como carga procesal, todo lo que quedará al buen juicio del operador de justicia, quien debe ser flexible al respecto, pues se trata de pruebas judiciales que permiten la verificación de los hechos afirmados por las partes.

5. MOMENTO DE LA PRUEBA EN EL PROCEDIMIENTO CIVIL ORAL.

---

[493] Sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, N° 175, de fecha 08 de Marzo de 2.005, con ponencia del magistrado Jesús Eduardo CABRERA ROMERO, expdiente N° 01-1860.

El sistema de procedimiento oral contenido en el Código de Procedimiento Civil, al igual que el sistema de procedimiento civil ordinario y escrito atraviesa por varias fases o etapas claramente determinadas, como lo son la alegatoria, probatoria, decisoria, recursiva y de ejecución en la que cada una incide o impacta profundamente en la otra, siendo imposibles desligarlas como secuencia del procedimiento enmarcado en el proceso que debe ser legal y debido constitucionalmente. En la segunda de estas fases o etapas del procedimiento como lo es la probatoria, las partes van a desplegar toda una actividad probática y probatoria destinada a llevar al convencimiento del judicante la versión de los hechos expuestas en la fase alegatoria, como fundamento bien de la pretensión contenida en demanda o de la excepción ensayada en la contestación, que siendo controvertidos son el presupuesto de las normas que consagran las consecuencias jurídicas que persiguen, proponiendo los medios probatorios que permiten allegar las fuentes que en definitiva servirán para la verificación o establecimiento de la cuestión de hecho, por comparación con los enunciados controvertidos, creándose la convicción o certeza judicial al respecto.

El procedimiento oral que estudiamos, como es lógico está informado por principios como la inmediación, concentración, contradicción o bilateralidad, publicidad y gratuidad y resulta aplicable con sus especialidades particulares al sistema de procedimiento marítimo y de tránsito conforme a la Ley del Procedimiento Marítimo y al Decreto con Fuerza de Ley de Tránsito y Transporte Terrestre, respectivamente, comenzando con una demanda escrita que deberá cumplir con los requisitos contenidos en el artículo 340 del Código de Procedimiento Civil, donde el accionante debe deberá acompañar toda la prueba "documental" que disponga y que contengan el fundamento de su pretensión, salvo los casos excepcionales a que se refiere el artículo 434 del Código de Procedimiento Civil –ya estudiados- así como la mención del nombre, apellido y domicilio de los testigos que rendirán declaraciones en el debate oral, sin lo cual no se le admitirán después, salvo que se trate de instrumentos públicos y se haya identificado en el libelo la oficina donde se encuentre, todo en los términos del artículo 864 del precitado Código que señala […] *El procedimiento oral comenzará por demanda escrita que deberá llenar los requisitos exigidos en el artículo 340 de este Código. Pero el demandante deberá acompañar con el libelo toda la prueba documental de que disponga y mencionar el nombre, apellido y domicilio de los testigos que rendirán declaración en el debate oral. Si se pidieren posiciones juradas, éstas se absolverán en el debate oral. Si el demandante no acompañare su demanda con la prueba documental, y la lista de los testigos, no se le admitirán después, a menos que se trate de documentos públicos y haya indicado en el libelo la oficina donde se encuentran*."

Como apreciamos de la norma transcrita existe para el accionante la carga de aportar junta al libelo de la demanda, toda la prueba documental –instrumental- de que disponga, bien sean estos de carácter público –negociales o administrativos- o privado –simples, reconocidos o tenidos legalmente por reconocidos- sean o no fundamentales, lo que se traduce en una flexibilización del contenido del artículo

340.6 del Código de Procedimiento Civil, en el sentido que la prueba instrumental a acompañar en la demanda no solo será aquella identificada como fundamental, sino también la no fundamental y que sirva para la demostración de los hechos en que se base la pretensión; pero también el accionante tiene la carga de *mencionar* en su libelo de demanda el nombre, apellido y domicilio de los testigos que rendirán declaración en el debate oral, la lista de testigos que depondrán en su oportunidad señalada, sin lo cual no se le admitirán después, exigencia prevista en la norma a través de una redacción un tanto inapropiada, pues en puridad de verdad no se le impone al accionante la carga de "promover" formalmente en el libelo de la demanda el medio testimonial, sino que solo se le indica la carga de *mencionar* a las personas que traerá al proceso para deponer como testigos sobre hechos controvertidos, entendido como tal –*mencionar*- el citar, aludir o decir el nombre de una persona o cosa, que y como indicamos no se presenta como un acto formal de "promoción" del medio probatorio. También en el libelo de la demanda y como lo hemos explicado en otro momento, la parte accionante puede promover la confesión provocada o posiciones juradas, las cuales serían absueltas al momento de la audiencia o debate oral.

Respecto al demandado, en la oportunidad procesal de la contestación de la demanda y en los términos del artículo 865 del Código de Procedimiento Civil, éste tiene la carga de acompañar a su escrito toda la prueba documental –instrumental- que disponga, teniendo que mencionar el nombre, apellido y domicilio de los testigos que depondrán en el debate o audiencia oral, sin lo cual no se le admitirán después, salvo también los casos excepcionales a que se refiere el artículo 434 *ejusdem* ya estudiado y sin perjuicio que en caso de falta de contestación de la demanda, el artículo 868 *ibidem* indica que todas los medios probatorios de que quisiera valerse, deberá proponerlos en el lapso de cinco (5) días –de despacho- siguientes a la contestación omitida, esto es, al vencimiento del lapso de emplazamiento y en su defecto, si la pretensión del accionante no es contraria a derecho, se procederá a declarar la confesión ficta dentro de los ocho (8) días de despacho siguientes, previsión legal que crea una situación procesal privilegiada al demandado, al permitírsele proponer cualquier medio probatorio, incluyendo la documental escrita o instrumental –sea pública o privada- que y conforme a lo previsto en la ya señalada norma contenida en el artículo 865 del Código de Procedimiento Civil, solo podía aportar al momento de la contestación de la demanda, todo lo que en definitiva lesionada el derecho de igualdad de las partes.

Es importante destacar que pudiera plantearse el caso –no regulado en el Código de Procedimiento Civil- que el demandado no diera contestación a la demanda, pero en el lapso de cinco (5) días de despacho siguientes al vencimiento del lapso de emplazamiento, promoviere sus medios probatorios, lo que pudiera conducir a pensar que el lapso en cuestión es sólo para que el demandado realice su actividad probatoria, más por bilateralidad y en igualdad de condiciones, el precitado momento procesal es también para que el accionante puede proponer sus medios de prueba, sin perjuicio que los

hechos expuestos en la demanda como fundamento de la pretensión y a causa de la no contestación de la demanda, quedan amparados por una presunción de certeza o más correctamente, demostrados por el indicio endoprocesal que generó la conducta omisiva del demandado, pero que puede ser infirmado por prueba en contrario a cargo del demandado. También destacamos en caso de producirse actos de promoción de pruebas en los términos señalados y cuando no se presentó la contestación de la demanda, el tribunal dispondrá para pronunciarse sobre la admisibilidad o no de los medios propuestos, de un lapso de tres (3) días de despacho siguientes al vencimiento del lapso de promoción, conforme al contenido del artículo 10 del Código de Procedimiento Civil, aplicado por ausencia de previsión legal al respecto.

Siguiendo con el supuesto de falta de contestación de la demanda, propuestos los medios probatorios y admitidas por el tribunal, afirmamos que no debe tener lugar la audiencia preliminar ni la apertura del lapso de proposición de las pruebas, pues serían actos procesales inútiles dado que ya tal la actividad -proposición de medios- tuvo lugar y en tal caso, debería fijarse la audiencia o debate oral para un día de los treinta (30) siguientes, a la hora que se fije y siguientes a la admisión de las pruebas o al vencimiento del lapso de evacuación de aquellos medios que se hayan ordenado en forma anticipada, como se verá mas adelante.

En caso que se hubiera dado contestación a la demanda o se hubieran subsanadas o decididas las cuestiones previas opuestas, en los términos del artículo 868 del Código de Procedimiento Civil, el tribunal fijará un día y una hora dentro de los cinco (5) días siguientes, para que tenga lugar la audiencia preliminar, fijación que deberá ser por medio por auto expreso y que debe ser dictado conforme a lo previsto en el artículo 10 del Código de Procedimiento Civil –por la falta de previsión legal- dentro de los tres (3) días de despacho siguientes al vencimiento del lapso de emplazamiento, o a subsanadas las cuestiones previas o a la culminación de la tramitación de las cuestiones previas, de lo contrario y de no producirse dicho auto en esa oportunidad, para la celebración de la audiencia preliminar tendría que notificarse a las partes.

En la audiencia preliminar las partes deberán expresar que hechos aceptan o sobre los cuales convienen, determinándolos con claridad, así como aquellos hechos que a su criterio han quedado demostrados con los medios probatorios aportados en la demanda y en la contestación, todo con el objeto de fijarse el tema controvertido o de pruebas; también y conforme al artículo 868 del Código de Procedimiento Civil, las partes deberán expresar aquellas pruebas –medios- que consideren superfluas, impertinentes, o dilatorias y las que se propongan proponer o aportar en el lapso probatorio, así como cualquier otra observación que contribuya a la fijación de los hechos controvertidos, pues recordemos que no todos los hechos sobreviven a la fase o etapa alegatoria y pasan a la fase o etapa probatoria, siendo que solo aquellos que manteniendo el carácter de controvertidos serán tema de la prueba. Importa

destacar que en los términos como está redactada la norma, en materia probatoria las partes en la audiencia preliminar no están ante una verdadera carga de proponer o promover formalmente los medios probatorios, sino que solo deberán *expresar* -entendido como *manifestar*- que en la oportunidad correspondiente propondrán o promoverán formalmente las pruebas demostrativas de los hechos enunciados y controvertidos, por lo que la audiencia preliminar no es una oportunidad procesal para promover medios probatorios, siendo una mera oportunidad de "anuncio" de pruebas donde solo existe la carga de expresarlas, manifestarlas, indicarlas o señalarlas, bien en forma expresa o general, con o sin indicación de los medios probatorios concretos, los que serán promovidos como tal en un momento posterior. De esta manera la norma en comento artículo 868 indica que […] *Verificada oportunamente la contestación y subsanadas o decididas las cuestiones previas que el demandado hubiere propuesto, el Tribunal fijará uno de los cinco días siguientes y la hora para que tenga lugar la audiencia preliminar en la cual cada parte deberá expresar si conviene en alguno o algunos de los hechos que trata de probar la contraparte, determinándolos con claridad; aquellos que consideren admitidos o probados con las pruebas aportadas con la demanda y la contestación; las pruebas que consideren superfluas o impertinentes, o dilatorias y las que se proponen aportar en el lapso probatorio y cualesquiera otras observaciones que contribuyan a la fijación de los límites de la controversia. De esta audiencia se levantará acta y se agregarán a ella los escritos que hayan presentado las partes. Aunque las partes o alguna de ellas no hubiesen concurrido a la audiencia preliminar, el Tribunal hará la fijación de los hechos y de los límites de la controversia dentro de los tres días siguientes por auto razonado en el cual abrirá también el lapso probatorio de cinco días para promover pruebas sobre el mérito de la causa. Admitidas las pruebas, se evacuarán las inspecciones y experticias que se hayan promovido en el plazo que fije el Tribunal tomando en cuenta la complejidad de la prueba. Este plazo no será superior al ordinario. En ningún caso el Tribunal autorizará declaraciones de testigos ni posiciones juradas mediante comisionados, fuera del debate oral. Cualquiera que sea el domicilio de los testigos, la parte promovente tendrá la carga de presentarlo para su declaración en el debate oral, sin necesidad de citación, pero el absolvente de posiciones será citado para este acto sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 406."*

Celebrada la audiencia preliminar y dentro de los tres (3) días de despacho siguientes, el tribunal por auto expreso y razonado hará la fijación de los hechos y los limites en que ha quedado trabada la controversia, indistintamente que a la audiencia preliminar no hubiesen comparecido las partes o alguna de ellas y en ese mismo auto, ordenará que se abra un lapso de cinco (5) días para promover pruebas sobre el mérito de la causa, oportunidad ésta en la cual las partes tienen que cumplir con su carga de proponer los medios probatorios que utilizarán para demostrar sus extremos de hecho enunciados y controvertidos, con la sola excepción de las pruebas instrumentales a que se refieren los artículos 864 y 865 del Código de Procedimiento Civil, antes analizados.

Apreciemos que de la norma contenida en el artículo 868 del Código de Procedimiento Civil, puede observarse que el tribunal debe proceder a la admisión de las pruebas propuestas por las partes, mas no fija un lapso para tal efecto, a lo que se suma el hecho que no existe tampoco regulación alguna respecto al lapso de oposición a los medios probatorios promovidos, que y como hemos estudiado en otro momento, es un derecho constitucional y humano que no podemos restringir o eliminar, situación esta que conduce a presentar dos posibles soluciones a saber: a. Aplicar analógicamente los lapsos procesales contenidos del procedimiento ordinario escrito, esto es, un lapso de tres (3) días de despacho para oponerse a la admisión de los medios probatorios propuestos y que se computarán luego de vencido el lapso de cinco (5) días de promoción de los medios y luego computar un lapso de tres (3) días de despacho para que el tribunal providencie los medios probatorios; y b. Luego de vencido el lapso de promoción de pruebas, las partes tendrán el derecho de oponerse a la admisión de los medios probatorios en cualquier momento antes que se produzca el proveimiento de admisión, lo que deberá hacerse dentro de los tres (3) días de despacho siguientes al vencimiento del lapso de promoción, por aplicación del artículo 10 del Código de Procedimiento Civil. En la práctica generalmente se aplica el primero de los criterios señalados.

En cuanto a la evacuación o materialización de los medios probatorios, esta se hará en la audiencia o debate público y oral, sin perjuicio de la posibilidad de anticipación de medios probatorios antes de la audiencia en cuestión, para el caso de aquellos medios que por su naturaleza no podrían materializarse en la propia audiencia o debate oral, sin fragmentar el principio de concentración y unidad que predomina en los procedimientos orales, tal como sería el caso de la experticia o la inspección judicial, en cuyo caso tales medios probatorios tendrían que ser tratadas en forma oral en la audiencia probatoria, tal como lo prevé en el artículo 862 del Código de Procedimiento Civil, que dispone […] *La causa se tratará oralmente en la audiencia o debate. Las pruebas se practicarán por los interesados en el debate oral, salvo que por su naturaleza deban practicarse fuera de la audiencia. En este caso, la parte promovente de la prueba, tratará oralmente de ella en la audiencia, pero la contraparte podrá hacer al Tribunal todas las observaciones que considere pertinentes sobre el resultado o mérito de la prueba. Si la prueba practicada fuera de la audiencia fuere la de experticia, se oirá en la audiencia la exposición y conclusiones orales de los expertos y las observaciones que formulen las partes, sin lo cual la prueba carecerá de eficacia y será desestimada por el Juez. En todo caso, el Juez puede hacer los interrogatorios que considere necesarios a las partes, a los testigos y a los peritos en la audiencia o debate oral.”*

Destacamos de la norma transcrita que si bien el judicante tiene la facultad de interrogar, no solo a los testigos y a los expertos, sino también a las partes, afirmamos que se trata de un libre interrogatorio de las partes realizado por el juzgador, quien podrá hacer preguntas a éstas sobre hechos controvertidos

y personales y si sus respuestas son contrarias a sus intereses o benefician a la otra parte, estaremos en presencia de una confesión judicial.

Siguiendo con el contenido del artículo 868 del Código de Procedimiento Civil, observamos que en relación a la prueba testimonial propuesta por las partes, la misma se materializará en la audiencia o debate oral sin necesidad de citación, pues cada parte tiene la carga de llevar a sus testigos para que depongan sobre hechos controvertidos, indistintamente de su domicilio; y respecto a la prueba de posiciones juradas, también se materializará en la audiencia o debate oral, previa citación del absolvente y sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 406 del Código de Procedimiento Civil, sin que en ningún caso estos medios probatorios puedan ser comisionados.

Evacuadas como hayan sido las pruebas anticipadas, vencido el lapso de evacuación de las pruebas anticipadas –anticipación de medios- aunque no fueran evacuadas por falta de impulso de las partes o admitidas las pruebas propuestas, sin que existiere la necesidad de anticipación de medios, el tribunal por auto expreso deberá fijar uno de los treinta (30) días siguientes del calendario y a la hora para que tenga lugar la audiencia o debate oral, lo que ante la falta de previsión legal debe hacerse conforme al contenido del artículo 10 del Código de Procedimiento Civil, dentro tres (3) días de despacho contados a partir del vencimiento del lapso de evacuación de las pruebas anticipadas o del auto que admitió las pruebas propuestas de no existir pruebas de evacuación anticipada.

La audiencia oral o probatoria y conforme a lo previsto en el artículo 872 del Código de Procedimiento Civil, será presidida por el judicante quien dispondrá de todas las facultades disciplinarias y de orden para asegurar la mejor celebración de la misma, momento en que cada parte tendrá el derecho a realizar una breve exposición oral, procediéndose a recibir los medios de prueba propuestos por las partes y admitidas por el tribunal, comenzándose con las del accionante para seguidamente efectuarse su evacuación en forma oral, donde se seguirán las reglas del juicio ordinario, en cuanto no se opongan al procedimiento oral, todo en los términos del artículo 872 que indica […] *La audiencia la declarará abierta el juez que la dirige, quien dispondrá de todas las facultades disciplinarias y de orden para asegurar la mejor celebración de la misma. Previa una breve exposición oral del actor y del demandado, se recibirán las pruebas de ambas partes comenzando siempre con las del actor. En la audiencia o debate oral no se permitirá a las partes ni la presentación ni la lectura de escritos, salvo que se trate de algún instrumento o prueba existente en los autos a cuyo tenor deba referirse la exposición oral. En la evacuación de las pruebas se seguirán las reglas del procedimiento ordinario en cuanto no se opongan al procedimiento oral. No se redactará acta escrita de cada prueba singular, pero se dejará un registro o grabación de la audiencia o debate oral por cualquier medio técnico de reproducción o grabación. En este caso, se procederá como se indica en el único aparte del artículo 189.*", por su parte el artículo 873 *ejusdem* expresa […] R*ecibida la prueba de una parte, el Juez concederá a la contraria un tiempo breve para que haga oralmente las observaciones que considere oportunas o las repreguntas a los*

testigos. El Juez podrá en todo caso, hacer cesar la intervención de la contraparte, cuando considere suficientemente debatido el asunto."

Es importante destacar que tratándose de un procedimiento oral, salvo la anticipación de medios probatorios la formación de la prueba judicial debe ser en la audiencia oral con inmediación y contradicción o bilateralidad, de lo contrario no servirá para la convicción o certeza judicial, lo que decimos para destacar el tema de la prueba instrumental aportada con la demanda o la contestación, la cual debe ser debatida en contradictorio en la audiencia oral, tratada y debatida oralmente para que se forme en audiencia y sea capaz de servir para la verificación de los hechos y para la certeza judicial, lo que igualmente debe considerarse en materia de experticia con la comparecencia de los expertos a la audiencia oral para el tratamiento verbal del asunto, de manera que en el sistema oral debe rechazarse la práctica viciada de considerar que las instrumentales no requieren evacuación, pues y como dijimos, deben ser tratadas en la audiencia oral con inmediación y bilateralidad para que se formen en la audiencia y sirvan a la convicción judicial, lo que marca la diferencia con el sistema escrito donde la prueba instrumental no requiere de evacuación ni tratamiento oral, al ser el acto de proposición su propia evacuación.

Ya terminando tenemos que concluido el debate oral, conforme a lo previsto en el artículo 875 del Código de Procedimiento Civil, el judicante se retirará de la audiencia por un tiempo no mayor a treinta (30) minutos, y vuelto a la misma procederá a pronunciar el dispositivo del fallo mediante una síntesis clara y lacónica de los motivos de hecho y de derecho en que se base; la sentencia completa y escrita deberá publicarse dentro de los diez (10) días de despacho siguientes a la culminación de la audiencia o debate oral donde se haya dictado el dispositivo del fallo, tal como lo prevé el artículo 877 del Código de Procedimiento, debiendo ser redactada en términos claros, precisos y lacónicos sin necesidad de narrativa ni transcripciones de actas ni de documentos que consten en autos, pero conteniendo los motivos de hecho y de derecho de la decisión y demás requisitos del artículo 243 del Código de Procedimiento Civil.

6. MOMENTO DE LA PRUEBA EN EL PROCEDIMIENTO MARÍTIMO.

El procedimiento marítimo ordinario y siguiendo la línea de la oralidad diseñada por el Constituyente, está regida por los principios que le son propios -oralidad, brevedad, concentración, inmediación, contradicción o bilateralidad, publicidad y gratuidad- conformado igualmente por las mismas etapas o fases que hemos expresado en el punto anterior al tratar el sistema de procedimiento oral civil, pues y conforme a lo previsto en el artículo 8 de la Ley de Procedimiento Marítimo, el procedimiento marítimo con sus especialidades se desarrolla conforme al procedimiento civil oral, comenzando en consecuencia

con una demanda cuya competencia indiferentemente de la cuantía y de la circunscripción acuática que se trate, corresponde a los Tribunales de la Jurisdicción Acuática a que se refieren los artículo 125 y siguientes de la Ley Orgánica de Espacios Acuáticos, la que debe cumplir los requisitos a que se refiere el artículo 340 del Código de Procedimiento Civil, con el agregado o especialidad de la carga de acompañar junto a la demanda todas las pruebas **instrumentales** –que disponga el accionante- sean éstas públicas negociales o administrativas, privadas simples o reconocidas, sin perjuicio de poderse aplicar las excepciones que permitan el no acompañamiento de las instrumentales junto a la demanda a que se refiere el artículo 434 del precitado Código Ritual Civil, lo que no exime de la aportación al proceso, sino solo de su acompañamiento a la demanda. Igualmente deben hacer "mención" de las **testimoniales** que se utilizarán para el acreditamiento de los hechos controvertidos, con la "mención" del nombre, apellido y domicilio de testigos, así como la prueba de **confesión provocada** o **posiciones juradas**, todo en los términos del artículo 862 cuando dispone […] *Pero el demandante deberá acompañar con el libelo toda la prueba documental de que disponga y mencionar el nombre, apellido y domicilio de los testigos que rendirán declaración en el debate oral. Si se pidieren posiciones juradas, éstas se absolverán en el debate oral. Si el demandante no acompañare su demanda con la prueba documental, y la lista de los testigos, no se le admitirán después, a menos que se trate de documentos públicos y haya indicado en el libelo la oficina donde se encuentran."*

Presentada la demanda ante los tribunales de la jurisdicción acuática –Tribunales Marítimos- el tribunal deberá verificar si la demanda cumplen con los requisitos de ley y si no es contraria al orden público, las buenas costumbres o alguna disposición expresa de la ley, en los términos del artículo 341 del Código de Procedimiento Civil, procederá a su admisión, ordenándose la citación de la parte demandada en la forma ordinaria del precitado Código con las siguientes especialidades: a. Cuando se trate de pretensiones que tengan por objeto créditos marítimos o privilegiados, mediante la entrega a cualquier tripulante a bordo del buque, en presencia de dos testigos -artículo 17 de la Ley de Procedimiento Marítimo y 16 de la Ley de Comercio Marítimo- normas que se contradicen pues la primera dice que esta modalidad de citación será facultativa, ello al indicar la misma que "podrá", en tanto que la segunda lo hace de manera imperativa al expresar "procederá". En este sentido dice el artículo 17 de la Ley de Procedimiento Marítimo […] *Además de las formas de citación establecidas en el Código de Procedimiento Civil, la citación, en los casos de acciones derivadas de créditos marítimos o privilegiados, podrá llevarse a efecto, entregándose a cualquier tripulante que se encuentre a bordo del buque, en presencia de dos testigos.",* por su parte el artículo 16 de la Ley de Comercio Marítimo señala que […] *Además de las formas de citación establecidas en el Código de Procedimiento Civil, en los casos de acciones derivadas de créditos marítimos o privilegiados, se procederá a la citación del demandado entregando la orden de comparecencia a cualquier tripulante que se encuentre a bordo del buque, en presencia de dos (2) testigos."*

Llegada la oportunidad de ejercitar las defensas, el lapso para la contestación de la demanda es el ordinario de veinte (20) días de despacho siguientes a la constancia en autos de la citación correspondiente, donde el demandado en los términos del artículo 865 del Código de Procedimiento Civil y de manera acumulativa, deberá ensayar todas las defensa que quiera hacer valer, sean estas de fondo o previas –cuestiones previas- acto que será en forma escrita, en este sentido dispone la citada norma que […] *Llegado el día fijado para la contestación de la demanda según las reglas ordinarias, el demandado la presentará por escrito y expresará en ellas todas las defensas previas y de fondo que creyere conveniente alegar. El demandado deberá acompañar con su escrito de contestación, toda la prueba documental de que disponga y mencionar el nombre, apellido y domicilio de los testigos que rendirán declaración en el debate oral. Si el demandado no acompañare su contestación con la prueba documental, y la lista de los testigos, no se le admitirán después, a menos que se trate de documentos públicos y haya indicado en el escrito de contestación la oficina donde se encuentran.*", de esta manera y al igual que se presenta para el accionante, el demandado tiene la carga de acompañar toda la prueba documental de que disponga, sin que se le admitan después, salvo que sean sobrevenidos, de fecha posterior a este acto procesal o que siendo de fecha anterior desconocía su existencia, sin perjuicio de indicar en los términos del artículo 434, el lugar donde pudieran compulsarse; pero igualmente tiene la carga de "mencionar" el nombre, apellido y domicilio de los testigos que utilizará, lo que como indicamos se ha entendido tanto para éste como para el accionante, como promoción de la prueba testimonial, aún cuando la terminología procesal utilizada por el legislador no conduce a ello, al limitarse a señalar que deberá "mencionar" lo que no involucra acto de promoción; también y en los términos del artículo 405 del Código de Procedimiento Civil, podría promover la prueba de confesión provocada o posiciones juradas.

En la contestación de la demanda, el demandado pudiera asumir cualquiera de éstas posiciones a saber: a. Contestar al fondo y acumulativamente oponer las cuestiones previas a que se refiere el artículo 346 del Código de Procedimiento Civil, defensa ésta última entorpecedora del procedimiento que en realidad lo que hace es retardarlo más que sanear los defecto de la demanda y del proceso y que siguiendo la doctrina moderna debe ser sustituido por el despacho saneador, todo con el acompañamiento o promoción de las pruebas a que hemos hecho mención anteriormente; b. Que el demandado una vez citado legalmente, no comparezca a dar contestación a la demanda –*infitiatio*- lo que generará en los términos del artículo 868 del Código de Procedimiento Civil, a que de pleno derecho u *ope legis* quede abierto el proceso a pruebas por un lapso de cinco días de despacho -para promover todas las pruebas-. Así y conforme al contenido del artículo 868 del Código de Procedimiento Civil […] *Si el demandado no diere contestación a la demanda oportunamente se aplicará lo dispuesto en el artículo 362, pero en este caso, el demandado deberá promover todas las pruebas de que quiera valerse, en el plazo de cinco días siguientes a la contestación omitida y en su defecto se procederá como se indica en la última, parte del artículo 362."* No habiendo contestación a la demanda

o siendo ésta extemporánea, queda abierta un lapso de cinco (5) días de despacho para que las partes, tanto el actor como el demandado produzcan o propongan las pruebas que a bien tenga, las cuales deberán ser admitidas en el lapso de tres días de despacho siguientes al vencimiento de la promoción, conforme al artículo 10 del Código de Procedimiento Civil, ante la ausencia de norma que regule tal acto procesal, y en este supuesto no habrá –por inútil- celebración de audiencia preliminar, de manera que admitidas las pruebas, se fijará la oportunidad para la audiencia oral o probatoria. Debemos destacar del contenido de la norma transcrita, que respecto al demandado que no contesta –conducta procesal omisiva- se encuentra en una mejor posición procesal en cuanto al actor, e incluso de haber dado contestación en lo que respecta al tema probatorio, pues en este lapso señalado puede promover cualquier prueba que quiera, lo que resulta absurdo si tomamos en consideración que si hubiera dado contestación tenía la carga de promover toda la prueba documental que dispusiera y la lista de testigo, lo que por lógica nos permitiría argumentar que si no se contestó la demanda, no debería tener derecho a promover aquellas pruebas que debió hacer con la contestación, argumento éste no obstante peca de limitativa al derecho constitucional de proponer pruebas, especialmente cuanto el legislador nada dice al respecto. También debe destacarse en este segundo caso, que de no haber contestación de la demanda, no habrá lugar a la posibilidad de anticipar pruebas a través del sistema del *discovery a* que se refiere el artículo 9 de la Ley de Procedimiento Marítimo, que parte del supuesto de haberse verificado oportunamente la contestación de la demanda o de haberse decidido o subsanado las cuestiones previas opuestas, lo que sugiere la necesidad de un acto procesal que aunque no contenga la contestación al fondo, por lo mínimo haya opuesto cuestiones previas, situación ésta a nuestro modo de ver absurda pero no descartable, pues no entenderíamos que un demandado opusiere cuestiones previas sin contestar al fondo, cuando se trata de un acto procesal único y acumulativo; c. También el demandado puede reconvenir al accionante, contrademanda que también y en forma acumulativa debe hacerse en el escrito de contestación de la demanda, debiendo el tribunal pronunciarse sobre su admisión y ante la ausencia de previsión legal, en el lapso de tres días a que se refiere el artículo 10 del Código de Procedimiento Civil, la cual deberá ser contestada en un lapso de cinco días sin necesidad de citación del actor-reconvenido y sin posibilidad de oponer cuestiones previas. Contestada o no la reconvención, se abrirá un lapso de cinco días para que las partes puedan anticipar pruebas a través del sistema del *discovery* a que se refiere el artículo 9 de la Ley de Procedimiento Marítimo, siguiéndose el procedimiento en la forma que veremos; d. El demandado en la contestación de la demanda puede hacer llamamiento de terceros –numerales 4° y 5° del artículo 360- cuyo procedimiento se hará en los términos del artículo 869 del Código de Procedimiento Civil que establece que […] *Cuando en la oportunidad de la contestación de la demanda alguna de las partes solicitare la intervención de los terceros a que se refieren los ordinales 4º y 5º del artículo 370, la fijación de la audiencia preliminar se*

hará el día siguiente a la contestación de la cita o de la última de éstas si fueren varias, de modo que se siga un solo procedimiento. En los demás casos de intervención de terceros a que se refieren los ordinales 1º, 2º y 3º del artículo 370, el Tribunal sólo admitirá las tercerías si éstas fueren propuestas antes del vencimiento del lapso probatorio a que se refiere el artículo 868, caso en el cual se suspenderá el curso del juicio principal hasta que concluya el término de pruebas de las tercerías, en cuyo momento se acumularán al juicio principal. En ningún caso la suspensión del juicio principal excederá de noventa días sea cual fuere el número de tercerías propuestas. Evacuadas las pruebas a que se refiere el artículo anterior y el presente artículo, el Tribunal fijará uno de los treinta días siguientes del calendario y la hora para que tenga lugar la audiencia o debate oral."; y e. El último escenario y generalmente poco probable por nuestra idiosincrasia característica de nosotros los venezolanos, es que se produzca por parte del demandado o allanamiento a la pretensión del accionante

Señala el artículo 9° de la Ley de Procedimiento Marítimo que […] *Verificada oportunamente la contestación a la demanda y subsanada o decididas las cuestiones previas que el demandado hubiere propuesto, se entenderá abierto un lapso de cinco días dentro del cual cualquiera de las partes podrá solicitar al tribunal ordene a la otra: 1. La exhibición de los documentos, grabaciones o registros que se encuentren bajo su control o en su custodia, relacionados con el asunto objeto de la demanda, o permitir que sean reproducidos por cualquier medio. 2. El acceso a un buque, muelle, dique seco, almacén, construcción o área portuaria, con el fin de inspeccionar naves, mercancías o cualquier otro objeto o documento; medirlos, fotografiarlos o reproducirlos."* Tramitadas las cuestiones previas, contestada la demanda o la reconvención, según cada caso, conforme al artículo en cuestión de pleno derecho quedará abierto un lapso de cinco días de despacho para realizar actividades probatorias anticipadas a través del sistema del *discovery* o descubrimiento, figura de origen anglosajón que hemos trasplantado tanto del sistema norteamericano –ubicado en la etapa preliminar o de *Pre-trial phase*- como panameño con su adaptación criolla, que sirve para complementar la pretensión o excepción ensayadas por las partes en sus escritos de demanda y contestación.

Estas actividades probatorias preliminares a través del sistema del *discovery* dice el profesor Aurelio E. FERNANDEZ-CONCHESO que […] *Esta incidencia especial de instrucción preliminar del juicio oral se equipara a la solicitud de exhibición de documentos propia del lapso probatorio en los juicios ordinarios pero con la particularidad de que se determina por el legislador como previa a la etapa de pruebas, pues posteriormente las partes tienen la posibilidad de reformar tanto la demanda como la contestación, con lo cual se busca que cada parte tenga una mejor apreciación de los elementos de prueba que tiene la otra con relación a la controversia. La disposición encuentra su similar en el procedimiento anglosajón en lo que se llama el "discovery" (o en su traducción literal, "el descubrimiento") el cual*

persigue la finalidad que cada parte tenga la posibilidad de establecer con la mayor certeza posible los elementos de prueba que se encuentren en poder de la otra y que serán traídos a juicio." [494]

Por su parte el profesor Bernardo BENTATA dice que […] *en asuntos que requiere de muchísima información ésta podía ser llevada al proceso de manera ideal a través del mecanismo del "discovery", consistentes en que las partes formularan a las otras interrogatorios, solicitudes de documentos e incuso admisiones de hechos. Con ello, por ejemplo, lograba el demandante por lesiones personales a bordo, conocer el régimen de mantenimiento y seguridad del buque con miras a alegar que lesión o muerte ocurrió como resultado de una condición de innavegabilidad, con las consecuencias que ello representa; el buque demandado podía acceder al historial médico de la víctima para determinar si lo reclamado era una condición preexistente al accidente por el cual reclama; el demandado por daños a las mercancías transportadas obtenía información sobre el origen de las mismas, condiciones antes de embarcarlas, tramitamientos, entre otros, que le permitían establecer la culpabilidad del transportista; el demandado en lucro cesante podía evaluar con propiedad los fundamentos del reclamo que enfrentaba; y como éstos, tantas instancias en las que, haciendo uno de estos mecanismos, las partes podían cumplir sus carga de probar apoyándose en las evidencias que obtenían de sus contrapartes. Este fue el mecanismo que intentamos consagrar en el artículo 9.1 del DFLPM."* [495]

Las actividades probatorias anticipadas a través del sistema de *discovery* o como lo llama FERNANDEZ-CONCHESO "instrucción preliminar de carácter especial", como observamos se refieren: a. A la exhibición de documentos, grabaciones o registros relacionados con el tema controvertido o su reproducción por cualquier medio; y b. El acceso a muelles, buques, dique secos, almacenes, construcciones o áreas portuarias para hacer inspecciones judiciales, mediciones, fotografías o reproducciones.

Respecto a la mecánica de la anticipación de pruebas en el sistema del "*discovery*", encontramos que en los términos del artículo 10 de la Ley de Procedimiento Marítimo, una vez que cualquiera de las partes –en los casos permitidos, pues recordemos que si no hubo contestación de la demanda no hay *discovery*- propone éstas actividades, admitida por el juez Marítimo en el lapso de tres días siguientes al vencimiento del lapso de proposición, ello por aplicación del artículo 10 del Código de Procedimiento Civil, ante la ausencia de regulación expresa, se procederá a su evacuación en el lapso de veinte días de despacho, donde se ordenará la intimación –para un día y hora- a quien deba exhibir o el acceso solicitado, bajo apercibimiento –aunque no dice de qué- todo en los términos del artículo 10 de la Ley de Procedimiento Marítimo según el cual […] *El Juez intimará a las partes requeridas para que exhiban los documentos, grabaciones o registros que permitan el acceso a los que se refiere el artículo anterior, bajo apercibimiento, dentro*

---

[494] Aurelio E. FERNANDEZ-CONCHESO. El Procedimiento Marítimo Venezolano. Caracas, 2006. Versión digital en: http://edicionesmaritimas.com/.
[495] Bernardo BENTATA. Ob. Cit. p. 132.

de un plazo de veinte (20) días de despacho siguientes a la intimación. Este plazo podrá ser prorrogado por el acuerdo de las partes, o por causa justificada a juicio del Tribunal. Dentro de los primeros cinco (5) días del referido plazo, la parte requerida podrá oponerse a todo o parte del objeto de la intimación por razones de ilegalidad, impertinencia o de orden público. El juez resolverá sobre la oposición en un término que no excederá de tres (3) días de despacho. La oposición suspenderá el término de la intimación. Decidida la oposición, el lapso continuará respecto de aquellos elementos probatorios solicitados que hayan sido admitidos."

Observemos de la norma transcrita que las partes pueden oponerse a la actividad probatoria anticipada a través del discovery dentro del lapso de cinco días de despacho a la admisión de la actividad probatoria, lapso que cabalga junto al de la evacuación de la actividad probatoria, vale decir, que los primeros cinco días del lapso de veinte para la evacuación de la actividad probatoria, son para que las partes pueden oponerse, oposición que puede ser ilegalidad, impertinencia y como consecuencia de la constitucionalización de la prueba o garantismo en materia probatoria en los términos de los artículos 26 y 49 constitucionales, se extiende a la relevancia, conducencia o idoneidad, irregularidad y licitud, todo bajo el esquema errático de oposición luego de la admisión con consecuencia suspensorias, pues la oposición paralizará el tiempo de la intimación, la cual deberá ser resulta dentro de los tres días de despacho siguientes al vencimiento del lapso de oposición y de ser declarada improcedente, continuará el término de intimación, aunque no sabemos si será recurrible esta decisión probatoria interlocutoria, por no haber dicho nada la ley.

Destacamos que de no haber promoción de pruebas anticipadas a través del sistema del *discovery*, directamente pasaremos a la audiencia preliminar a la que nos referiremos más adelante.

En materia marítima se permite la reforma de la demanda, de la contestación de la demanda y de la reconvención, tal como lo prevé el artículo 11 de la Ley de Procedimiento Marítimo conforme al cual y citamos [...] *Dentro de los cinco (5) días de despacho siguientes, a la declaratoria del Tribunal de haber concluido las diligencias a que se refieren los artículos 9 y 10, el demandante podrá reformar su demanda. En ese supuesto, el demandado podrá contestar la reforma dentro de los cinco (5) días de despacho siguientes al vencimiento del término concedido para la reforma de la demanda. Si el demandante no hubiere reformado su demanda, podrá el demandado reformar su contestación. Con la reforma de la demanda o de la contestación, las partes deberán ratificar todas las pruebas documentales presentadas originalmente, la lista de testigos que rendirán declaración en el debate oral, así como presentar los documentos adicionales que pretendan hacer valer, los nombres y domicilios de los nuevos testigos que rendirán declaraciones. Las pruebas documentales que no fuesen presentadas no se admitirán después, a menos que se trate de documentos públicos y se haya indicado la oficina donde se encuentran."*. Se trata de una las incorporaciones inéditas en nuestro sistema de procedimientos que se presenta en la precitada norma y que permita la reforma de la demanda, la contestación y eventualmente de la reconvención y su contestación –si la hubiere- luego de haberse

trabado la litis, lo que obedece la bondad del *discovery* que con ocasión a las pruebas, hechos y en general información descubiertas mediante este sistema novedoso para nosotros, se permite la complementación, corrección, adición, supresión y en definitiva la reforma de las pretensiones y excepciones de las partes, todo en el entendido que esta posibilidad de reforma no solo obedece al *discovery*, sino que también solo puede referirse al mismo, pues de lo contrario como nos dice nuestro apreciado maestro y amigo el académico Alberto BAUMEISTER TOLEDO,[496] se trataría de un fraude al incorporar o suprimir hechos, peticiones y en general exposiciones hechas en la demanda y en la contestación, con ocasión a conocer lo que se debate al trabarse la litis, utilizando el pretexto del *discovery*, es decir, que las reformas sólo cabrían con ocasión a la actividad realizada en el sistema del *discovery* y nada más.

Pero esta bondad del *discovery* se nos antoja indicar que es solo en apariencia, pues en la práctica y aunque no sea éste el momento de profundizar, podrían surgir un sinnúmero de situaciones que entorpecerían la tramitación del proceso, pues por ejemplo y con ocasión al *discovey* podrían plantearse los siguientes escenarios: a. Se reformara la demanda y no la contestación; b. No se reformara la demanda pero si la contestación; c. No se reformara ni la demanda ni la contestación; d. Se reformara la demanda y la contestación; e. Se reforme la demanda, la contestación y se reconviniera, caso en el cual habría que tramitar la reconvención y que nos conduciría a preguntarnos ¿debe abrirse un *discovery* para la reconvención luego de admitida y contestada?; f. En caso de haberse producido reconvención y contestada ésta, luego del *discovery* se reforma la demanda, la contestación, la reconvención y su contestación; g. En caso de haberse producido reconvención y contestada ésta, luego del discovery no se reforme la demanda, pero sí la contestación, la reconvención y su contestación; h. En caso de haberse producido reconvención y contestada ésta, luego del *discovery* se reforme la demanda pero no la contestación, reforma la reconvención y su contestación.; i. En caso de haberse producido reconvención y contestada ésta, luego del *discovery* se reforme la demanda, la contestación, pero no la reconvención y si contestación; j. En caso de haberse producido reconvención y contestada ésta, luego del *discovery* se reforme la demanda, la contestación, la reconvención y no contestación; k. En caso de haberse producido reconvención y contestada ésta, luego del *discovery* no se reforme la demanda, ni la contestación, ni la

---

[496] Señala Alberto BAUMEISTER TOLEDO que […] *En nuestro criterio, en ningún caso podrá hacerse reforma del libelo de la demanda o contestación, si de alguna manera no se sustentara la misma en la consignación de ese nuevo material probatorio, pues de lo contrario equivaldría a permitir solapadamente una forma de reforma de dichos alegados, sobrevenida y por hechos no justificados y con la observación de que así mismo, como el pronunciamiento sobre las presunciones no corresponderá hacerse sino en la sentencia de fondo, tampoco podrá entenderse que tales reformas sean hechas a posteriori del pronunciamiento judicial sobre la conducta no ajustada a la lealtad que permita la inspección o acceso."* Breves Consideraciones sobre los Procedimientos en Derecho Marítimo Venezolano. En Estudios de Derecho Procesal Civil. Libro homenaje a Humberto Cuenca. Tribunal Supremo de Justicia. Fernando Parra Arangueren. Colección Libros Homenajes N° 6. Caracas, 2002. p 179.

reconvención y tampoco su contestación; l. Se reformó la demanda y la contestación, pero habiendo reconvención, si ésta no se contestó, pudiera haber reforma a la reconvención pero no contestación, más si se incorporan con la reforma de la reconvención nuevas pretensiones ¿podría y cuando sería la contestación?; m. No se reforma la demanda ni la contestación, pero sí la reconvención y su contestación, nos parece que debería haber nuevamente pronunciamiento sobre la admisión de la reforma y esto daría pié a nueva contestación; y n. Se reforma la demanda, pero no la contestación y la reconvención. Luego si no hubo contestación a la reconvención pero si se reformó ésta nos preguntamos ¿de admitirse la reforma de la reconvención se reabriría la posibilidad de contestar?

Los señalados supuestos que no se agotan, permiten inferir lo torticero del sistema del *discovery*, no en cuanto a la posibilidad de anticipar actividades probatorias para descubrir hechos o pruebas, sino por su ubicación luego de trabada la litis, de manera que y por eso, parece más razonable el sistema anglosajón donde el *discovery* se celebra en el *pre-trial phase*, en un momento preliminar antes de la presentación de la demanda, lo que incluso permite la posibilidad de arreglos extraprocesales si tener que acudir a la jurisdicción, ello tomando en consideración que en los casos en cuestión, afirmamos que las reformas de cualquiera de los actos procesales iniciales y fundamentales de la relación procesal, no pueden quedar sin control del tribunal, de manera que éste está en el deber de emitir un pronunciamiento al producirse una reforma.

Sin perjuicio de lo indicado otro elemento que debemos destacar en los términos del artículo 11 de la Ley de Procedimiento Marítimo, es el relativo a la ratificación de las pruebas documentales y la lista de testigos que se hubiesen promovido en los actos de demanda, contestación, reconvención y su contestación originales, así como la promoción de nuevas documentales y lista de testigos, más nos preguntamos ¿qué pasa si no se hace la ratificación que indica la Ley?

Todo lo anterior nos permite hacer algunas preguntas reflexivas a saber: ¿tiene el tribunal que admitir por auto expreso la reforma de la demanda o de la contestación? ¿En caso afirmativo la admisión o negativa sería recurrible? ¿En caso de reforma de la demanda y de la contestación, de producirse una reconvención, qué lapso tiene el actor para contestar la reconvención? ¿Si el demandado con ocasión a las actividades probatorias reconviene, podrá éste o el actor luego de contestar solicitar las actividades probatorias anticipadas del *discovery* con motivo a la pretensión reconvencional? ¿Si el actor no contestó la reconvención y luego esta es reformada, tendrá oportunidad de dar contestación a la reforma?

En todo caso y en los términos de la norma procedimental marítima transcrita, lo cierto es que existe la viabilidad de las reformas de la demanda, su contestación, la reconvención y su contestación, lo que podrá hacerse en los lapsos indicados, que se computarán a partir del día de despacho siguiente a aquel donde el tribunal Marítimo dicte un auto expreso que declare haber concluido las actividades del

discovery, lo que deberá hacerse en el lapso indicado en el artículo 10 del Código de Procedimiento Civil –tres días de despacho- ante la ausencia de previsión legal. De esta manera y a modo de conclusión sobre este tema, diremos que resulta "torticero" no solo la posibilidad de actividades probatorias anticipadas a través del sistema del *discovery* en el marco del propio proceso, lo que es permisible en la medida que exista circunstancia que requieran de la necesidad del anticipo, pero lo que no resulta lógico es su ubicación y más concretamente que ello permita modificar el tema controvertido con las reformas que la ley permite de la demanda y de la contestación.

Siguiendo con el procedimiento conseguimos que en los términos del artículo 868 del Código de Procedimiento Civil, en concordancia con el artículo 9° de la Ley de Procedimiento Marítimo, tenemos que una vez vencido el lapso de cinco días para promover pruebas anticipadas a través del sistema de *discovery*, sin que haya sido solicitado por ninguna de las partes, una vez vencido el lapso de contestación de la reforma de la contestación, haya habido o no reforma, siempre que se haya realizado la actividad del *discovery,* el tribunal debe dictar un auto fijando la audiencia preliminar para un día y una hora dentro de los cinco días siguientes, auto de fijación que ante la ausencia de previsión legal, debe ser dictado en el lapso a que se refiere el artículo 10 del precitado Código Ritual Civil, todo en el entendido –como indicamos- que no habrá celebración de audiencia preliminar si no hubo contestación de la demanda.

En la audiencia preliminar con la comparecencia de las partes, las mismas harán una exposición verbal de los hechos en que se fundamentan sus pretensiones, señalando los hechos en que se convienen o se controvierten a los efectos de fijar el tema controvertido y que será objeto o tema de la prueba judicial, igualmente podrán convenir y discutir –oponerse- sobre el tema probatorio, concretamente las pruebas producidas en los actos procesales de las partes fundamentales y que traban la litios –demanda, contestación, reconvención y su contestación- así como el anuncio u oferta de pruebas. En estos términos señala el artículo 868 que […] *Verificada oportunamente la contestación y subsanadas o decididas las cuestiones previas que el demandado hubiere propuesto, el Tribunal fijará uno de los cinco días siguientes y la hora para que tenga lugar la audiencia preliminar en la cual cada parte deberá expresar si conviene en alguno o algunos de los hechos que trata de probar la contraparte, determinándolos con claridad; aquellos que consideren admitidos o probados con las pruebas aportadas con la demanda y la contestación; las pruebas que consideren superfluas o impertinentes, o dilatorias y las que se proponen aportar en el lapso probatorio y cualesquiera otras observaciones que contribuyan a la fijación de los límites de la controversia. De esta audiencia se levantará acta y se agregarán a ella los escritos que hayan presentado las partes. Aunque las partes o alguna de ellas no hubiesen concurrido a la audiencia preliminar, el Tribunal hará la fijación de los hechos y de los límites de la controversia dentro de los tres días siguientes por auto razonado en el cual abrirá también el lapso probatorio de cinco días para promover pruebas sobre el mérito de la causa. Admitidas las pruebas, se evacuarán las inspecciones y*

experticias que se hayan promovido en el plazo que fije el Tribunal tomando en cuenta la complejidad de la prueba. Este plazo no será superior al ordinario.”

Celebrada la audiencia preliminar, en lapso de tres días de despacho siguientes el tribunal Marítimo por auto expreso deberá fijar el tema controvertido y abrir el proceso a promoción de pruebas, por un lapso de cinco días de despacho. Luego, no está regulado el lapso ni de oposición ni de providenciación de pruebas, por lo que debe aplicarse por analogía el lapso del procedimiento ordinario, sin perjuicio del criterio y señalado, que la oposición pueda hacerse en cualquier momento antes de la admisión y ésta debe producirse dentro de los tres días de despacho siguientes al vencimiento del lapso de promoción, por aplicación del tantas veces citado artículo 10 del Código de Procedimiento Civil. En todo caso y conforme a la naturaleza de las pruebas promovidas y admitidas, deberá ordenarse la evacuación de aquellas pruebas que no puedan evacuarse en la audiencia oral, sin romper con el principio de concentración, como por ejemplo la inspección judicial, la experticia, reconstrucciones fuera del la sede del tribunal, informes, entre otras.

Admitidas las pruebas, bien sea en el mismo auto de admisión de ellas o por auto separado, el tribunal Marítimo debe fijar el día y la hora de uno de los treinta días de despacho siguientes a dicha fijación, para que tenga lugar la celebración de la audiencia oral o probatoria, en los términos del artículo 872 del Código de Procedimiento Civil. En dicha audiencia fundamentalmente las partes harán una exposición oral y breve de sus pretensiones y sus fundamentos, se procederá luego de ello a la evacuación de las pruebas, comenzando por las del actor y en el orden que señale el judicante, con el respeto del debido control, lo que culminará con el derecho de las partes de presentar, también en forma oral, sus conclusiones o disertaciones finales, para dar paso al dictado del dispositivo del acto sentencial en ese mismo acto, reservándose el tribunal el dictado de la sentencia escrita completa para un lapso de diez días de despacho siguientes. En estos términos en el artículo 872 nos dirá que […] *La audiencia la declarará abierta el Juez que la dirige, quien dispondrá de todas las facultades disciplinarias y de orden para asegurar la mejor celebración de la misma. Previa una breve exposición oral del actor y del demandado, se recibirán las pruebas de ambas partes comenzando siempre con las del actor. En la audiencia o debate oral no se permitirá a las partes ni la presentación ni la lectura de escritos, salvo que se trata de algún instrumento o prueba existente en los autos a cuyo tenor deba referirse la exposición oral. En la evacuación de las pruebas se seguirán las reglas del procedimiento ordinario en cuanto no se opongan al procedimiento oral. No se redactará acta escrita de cada prueba singular, pero se dejará un registro o grabación de la audiencia o debate oral por cualquier medio técnico de reproducción o grabación. En este caso, se procederá como se indica en el único aparte del artículo 189.”,* artículo 873 […] *Recibida la prueba de una parte, el Juez concederá a la contraria un tiempo breve para que haga oralmente las observaciones que considere oportunas o las repreguntas a los testigos. El Juez podrá en todo caso hacer cesar la intervención de la contraparte, cuando considere suficientemente debatido el asunto.”*,

artículo 874 […] L*a audiencia o debate oral podrá prolongarse por petición de cualquiera de las partes, hasta agotarse el debate en el mismo día, con la aprobación del Juez. En todo caso, si no fuere suficiente la audiencia fijada para agotar completamente el debate, el Juez deberá fijar otra dentro de los dos días siguientes para la continuación del debate, y así cuantas sean necesarias hasta agotarlo"*, artículo 875 […] *Concluido el debate oral, el Juez se retirará de la audiencia por un tiempo que no será mayor de treinta minutos. Mientras tanto, las partes permanecerán en la sala de audiencias. Vuelto a la Sala, el Juez pronunciará oralmente su decisión expresando el dispositivo del fallo y una síntesis precisa y lacónica de los motivos de hecho y de derecho.",* y el artículo 876 prevé que […] *Vuelto a la Sala, el Juez pronunciará oralmente su decisión expresando el dispositivo del fallo y una síntesis precisa y lacónica de los motivos de hecho y de derecho.".*

Ya para terminar este punto diremos que en el marco del sistema de procedimiento marítimo encontramos la posibilidad de anticipar la evacuación de medios probatorios con intervención del órgano jurisdiccional, tales como realizar inspecciones judiciales de personas, lugares, cosas o documentos para dejar constancia de hechos que pueden resultar relevantes, pertinentes y controvertidos en procesos futuros, especialmente de su estado, lo que se hará mediante el procedimiento general para tal medio probatorio contenido en los artículo 472 y siguientes del Código de Procedimiento Civil, previa citación del futuro contendor judicial, ello en los términos del artículo 16 de la Ley de Procedimiento Marítimo que señala […] *Aún antes de promovida la demanda, cualquier interesado puede solicitar ante un tribunal una inspección judicial para dejar constancia del estado de personas, cosas, lugares o documentos, la cual se regirá por las disposiciones del Capitulo VII, Titulo II del Libro Segundo del Código de Procedimiento Civil. Para la evacuación de la prueba, previamente, se citará a aquellos a quienes se pretenda oponer, salvo cuando resulte imposible por razón de la urgencia, en cuyo caso se le designará de inmediato un defensor judicial el cual atenderá la evacuación. A los efectos de la evacuación de esta prueba, el juez dictará las medidas conducentes."* Interesa destacar la posibilidad de la designación del defensor judicial para el caso de no poderse lograr la citación del futuro contendor judicial, lo que evitará la frustración de la diligencia probatoria, pues y aún cuando no se indique, en tratándose de una anticipación del medio probatorio solicitada a instancia de parte, en la misma debe acreditar al judicante la necesidad de tal actividad probatoria anticipada, por existir el temor fundamento de que por el tiempo, por la acción u omisión de personas los hechos puedan desaparecer o modificarse, concretamente el estado de los lugares, personas, cosas o documentos, pues de esta argumentación y de su acreditamiento es que el judicante accederá a la petición, lo que deberá hacer mediante una decisión motivada donde explique el porqué de la necesidad probatoria anticipada, para lo cual puede echar mano de varios criterios como pueden ser ***"temor fundado", "elementos de verosimilitud", "probabilidad",*** incluso mediante ***"juicios apriorísticos o prima facie",*** todo en cumplimiento al derecho constitucional de acceso al sistema probatorio y a la tutela judicial efectiva. También interesa destacar

que no necesariamente la competencia para esta actividad probatoria corresponde a los tribunales Marítimos, pues nada se dijo al respecto, por el contrario se indica "…*ante un tribunal*…".

Pero esta norma del artículo 16 de la Ley de Procedimiento Marítimo resulta contradictoria respecto al artículo 17 de la Ley de Comercio Marítimo que señala […] *Cualquier interesado puede solicitar ante un tribunal de la Jurisdicción Especial Acuática una inspección judicial antes de intentada la demanda, para hacer constar los daños causados o sufridos por buques, bienes o personas. El tribunal procederá a designar inspectores navales o peritos especializados en otras disciplinas quienes asistirán a la evacuación de esta prueba, con citación de aquellos a quienes se pretenda oponer. Si existiere temor fundado de la desaparición de alguna prueba y en virtud de la urgencia del caso, no se pudiere practicar la citación de los interesados, se procederá a designar de inmediato un defensor judicial. El juez dictará las medidas conducentes a los fines de evacuar esta prueba.".* La norma en cuestión y utilizando el título de "inspección judicial" comete el error de desbordar el contenido de la prueba, pues la característica propia de la inspección judicial precisamente se ubica en que mediante la actividad sensorial del judicante, éste puede dejar constancia de hechos controvertidos o por controvertirse, actividad que recaerá sobre personas, lugares, cosas o documentos "sin poder avanzar opinión", de manera que la idoneidad del medio se basa en la constancia de hechos que puedan ser percibidos por el juzgador, más cuando se requieren de conocimiento especiales o técnicos, ni siquiera con la asistencia o asesoría de expertos o prácticos, la prueba de inspección resulta idónea, pues insistimos, si los hechos que requieren ser acreditados al proceso escapan del conocimiento del judicante, se requiere de la experticia para la emisión del juicio de valor de los expertos que de manera no vinculante serán analizados por el judicante.

Lo dicho no es más que la prueba de inspección no puede utilizarse en los casos que deba acudirse a la experticia, teniendo ambas pruebas objetos diferentes, una la prueba de los hechos mediante la percepción directa y sensorial del juez, la otra mediante la prueba de los hechos a través del juicio de valor que emitan los expertos, ante la necesidad de su presencia por tratarse de hechos científicos, artísticos, especializados o técnicos que escapan del conocimiento del judicante y aunque pudiera tenerlos, no podrían ser utilizados so pena de aplicar un conocimiento privado y lesionar el principio de necesidad de la prueba. Todo lo indicado nos perite afirmar, que en el marco de una inspección judicial no puede realizarse una experticia, mucho menos que expertos o prácticos asesoren al judicante en una inspección judicial como si de una experticia se tratara, pues cada una de estas pruebas obedece a reglas diferentes.

Precisamente lo indicado y respecto al artículo 17 de la Ley de Comercio Marítimo nos permite observar la mutación de la prueba y lo erróneo que a través de una "inspección judicial" se pretenda dejar constancia de daños causados o sufridos por buques, bienes o personas, pues para ello la prueba idónea no es la mentada inspección sino la experticia, ya que precisamente éstos hechos escapan de ser percibidos por el judicante y necesitan de un juicio de valor de expertos que puedan apreciar, medir y precisar el tipo

de daño y su dimensión, lo que no puede permitirse ni siquiera como lo indica la norma, con la designación de inspectores navales o peritos especializados, pues de ser así, al fina quien estaría realizando la inspección no sería el juez sino los inspectores y los peritos, lo que incluso escapa de su percepción sensorial y que para su determinación –del daño- deben emitir un juicio de valor que no es permitido en materia de inspección. Vemos así lo erróneo de la norma, la mezcla de dos pruebas contradictorias y más aún, la pretendida mutación que de la inspección se pretende hacia la experticia.

Lo anterior nos permite afirmar que entre el contenido del artículo 16 de la Ley de Procedimiento Marítimo y el artículo 17 de la Ley de Comercio Marítimo existe una gran diferencia, incluso una contradicción al no tratarse de normas paralelas, no solo por su objeto sino por lo explicado y dada la mutación de la prueba prevista en la segunda de las normas, que desborda el contenido de la prueba de inspección judicial, al permitir una calificación del hecho –daños- interdictada al juzgador quien en esta materia debe limitarse a dejar constancia de los hechos caídos en su actividad sensorial, diremos que se trata de una regulación ilegal, inconstitucional e inaplicable, lo que en definitiva nos deja solo la posibilidad de la prueba del artículo 16 en cuestión.

Si lo que se quiso era anticipar la constancia de los hechos referido a los daños sufridos por buques, bienes o personas, lo permitido sería el dejar constancia del estado de las cosas mediante la percepción o actividad sensorial del juez y si además se quiere precisar anticipadas la calidad, cantidad y apreciación del daño para lo que se requiere un juicio de valor, lo lógico es utilizar una experticia, que sin mezclar las pruebas ambas pueden anticiparse por ser la prueba un derecho constitucional; pero insistimos, a través de una inspección, no puede realizarse una experticia, incluso, la designación de inspectores navales y peritos especializados se contradice con el artículo 476 del Código de Procedimiento Civil, referido a la posibilidad de designación de prácticos y sus funciones, las cuales se limitan a dar las informaciones que requiera el juez para la mejor práctica de la prueba, los cuales nunca pueden ser peritos ni emitir juicios de valor.

Sin perjuicio de lo dicho hasta aquí, de la redacción del artículo 17 de la Ley de Comercio Marítimo, nos parece que además de la inspección judicial mutada a experticia, puede extraerse la posibilidad de realizar cualquier prueba anticipada con intervención del juez y nos explicamos. Dice el artículo en cuestión que […] *Si existiere temor fundado de la desaparición de alguna prueba y en virtud de la urgencia del caso, no se pudiere practicar la citación de los interesados, se procederá a designar de inmediato un defensor judicial. El juez dictará las medidas conducentes a los fines de evacuar esta prueba.".* La redacción de la norma es confuso y poco feliz, pues en realidad el temor fundado de la desaparición no es de la "prueba" sino de los "hechos", de manera que si sustituimos la primera palabra por la segunda, nos permite no solo entender mejor la inteligencia de la norma sino especialmente comprender que se prevé una actividad probatoria anticipada

con asistencia judicial del juez marítimo diferente a la inspección judicial con que inicia la norma, actividad probatoria anticipada general que cayendo en el mundo del retardo perjudicial por la necesidad de citación y la eventual designación del defensor judicial de ser imposible, puede comprender cualquier medio probatorio que requiera la parte.

En materia marítima también se ha innovado al incorporar la posibilidad de anticipación de medios probatorios sin la intervención judicial, donde las partes si estuvieren de acuerdo y previa la participación al tribunal Marítimo, podrán realizar las diligencias probatorias que se hubiesen solicitado en el proceso o en medidas prejudiciales y que se refieran a materias tratadas en la Ley, las cuales podrán materializarse extrajudicialmente, pero con la asistencia de los abogados de las partes, todo en los términos del artículo 20 de la Ley que señala […] *Cuando las partes estuvieren de acuerdo, previa participación conjunta al Tribunal, las diligencias probatorias que se hubiesen solicitado en juicio o en medidas prejudiciales y que se refieran a materias tratadas por esta Ley, podrán llevarse a cabo extrajudicialmente, pero con asistencia de los abogados de las partes. Si durante la producción de esta prueba se suscitaren controversias entre las partes, se suspenderá el acto reservándose la decisión sobre los puntos controvertidos para el Juez que conoce el proceso o el que deba conocer, si se trata de diligencias prejudiciales. Lo aquí expresado no obsta a que se continúe extrajudicialmente con otras actuaciones probatorias. Las diligencias probatorias que se hubieren interrumpido por oposición de alguna de las partes, podrán continuarse judicialmente si así se solicita.*

Observemos que en los términos de la norma en cuestión se indica "*las diligencias probatorias que se hubiesen solicitado en juicio o en medidas prejudiciales y que se refieran a materias tratadas por esta Ley",* lo que da la impresión que para la realización de esta actividad probatoria anticipada sin asistencia judicial, debiera existir ya una solicitud judicial previa, bien que exista o no un proceso judicial instaurado, lo que parece ser el sentido de la norma, más a nuestro entender esta interpretación es limitativa y no garantista, contrario al contenido del derecho constitucional a la prueba judicial, pues la interpretación correcta debe girar en derredor al criterio de flexibilidad o amplitud del derecho a la prueba judicial, de manera que nos parece que no existe verdaderamente la necesidad de una previa solicitud para la práctica de estas pruebas, siempre que las partes estén de acuerdo, basta para ello la simple anuencia de voluntad de partes.

7. MOMENTO DE LA PRUEBA EN EL PROCEDIMIENTO PENAL.

El actual procedimiento penal se encuentra regido por el Código Orgánico Procesal Penal de 15 de junio de 2012, Gaceta Oficial de la República N° 6.078, caracterizado por un sistema acusatorio regido por los principios oralidad, publicidad, inmediación, concentración, contradicción, así del juicio previo, debido proceso, participación ciudadana y estado de inocencia entre otros principios propios del sistema

punitivo. En este sistema acusatorio el monopolio del ejercicio de la acción penal la tiene el Ministerio Público –artículo 11- salvo los casos excepcionales señalados en la ley cuando se trata de delitos que sólo proceden a instancia privada –artículo 25 y siguientes- y el procedimiento se encuentra dividido en fases o etapas, tales como la preparatoria o de investigación, intermedia o preliminar, de juicio, recursiva y de ejecución.

La fase preparatoria o de investigación en los términos del artículo 262 del Código Orgánico Procesal Penal, tendrá por objeto la preparación del juicio oral y público, mediante la investigación de la verdad de los hechos, la recolección de todos los elementos de convicción que permitan fundar la acusación, así como la defensa del imputado y eventualmente acusado, actos que realizará el Ministerio Público y los órganos de investigación penales bajo la orden y supervisión del Ministerio Público, quién también tendrá la facultad de realizar diligencias que le solicite el imputado o las personas a quines se les haya dado intervención en el proceso, si considera que resultan necesarias, pertinentes y útiles, cuyo control corresponde el juez de Control de Garantías. En este sentido cuando el Ministerio Público por cualquier medio tenga conocimiento de la comisión de un hecho punible de acción pública, ordenará que se practiquen todas aquellas diligencias tendientes a la investigación del hecho para hacer constar su comisión, con todas las circunstancias que puedan influir en su calificación, la responsabilidad de los autores y demás partícipes, así como el aseguramiento de los objetos activos y pasivos relacionados con el mismo –artículo 265- orden esta que dará comienzo a la investigación –artículo 282-.

La actividad de investigación por conducto de las diligencias pertinentes y que se ubica en la fase preparatoria, en los términos del artículo 295, tendrá un plazo de duración que no podrá exceder de ocho (8) meses desde la individualización del imputado, cuyo exceso permitirá a éste o a la víctima a que pidan al juez de Control la fijación de un plazo prudencial, no menor de treinta (30) días ni mayor de cuarenta y cinco (45) para que concluya la investigación, plazo que no aplica cuando se trata de delitos de homicidio intencional, violación, delitos que atenten contra la libertad, integridad e indemnidad sexual de niños, niñas y adolescentes, secuestro, corrupción, delitos que causen daños al patrimonio público y la administración pública, tráfico de drogas, legitimación de capitales, contra el sistema financiero y delitos conexos, delitos con multiplicidad de víctimas, delincuencia organizada, violaciones de derechos humanos, lesa humanidad, delitos contra la independencia y seguridad de la nación y crímenes de guerra, en cuyo caso el plazo prudencial para terminar la investigación no podrá ser menor a un (1) año ni mayor a dos (2) –artículo 295- plazo que una vez vencido obligará al Ministerio Público a presentar la su acto conclusivo so pena de decretarse el archivo judicial de las actuaciones –artículo 296-.

Como indicamos en la fase preparatoria el Ministerio Público ordenará la realización de todas aquellas diligencias que permitan determinar la verdad de los hechos, la comisión del delito y sus

responsables, para lo cual realizará **"actos de investigación"** que se diferencian de los **"actos de prueba",** entendiéndose por los primeros aquellos que directamente tienden a comprobar la perpetración de un ilícito penal presuntamente cometido, la identificación de los presuntos culpables así como todos aquellos detalles e informaciones y demás circunstancias del hecho ocurrido e investigado, de manera que a través de estos actos se busca la identificación, caracterización y descripción del hecho punitivo y la obtención de las fuentes de prueba para su producción en el proceso mediante los medios legales, pertinentes y lícitos para lograr la convicción judicial, esto es, la prueba. Estos actos de investigación como hemos anotado en otro momento no pueden constituir o tenerse como prueba plenamente formado, por carecer del debido contradictorio que se presenta como un derecho constitucional de aplicación procesal, aunque el Código Orgánico Procesal Penal los incluya Título VI, Capítulo II y los denomine como "Requisitos de la Actividad Probatoria" pues como se observa tienden a la "*probática"*, esto es, a la investigación, caracterización y descripción de los hechos que pueden conducir a responsabilidad punitiva, así como a la obtención de las fuentes para ser producidas eventualmente en el proceso penal a través de los medios probatorios, para romper la membrana del estado de inocencia, mediante esa prueba de cargo en cabeza del acusador en el respectivo acto conclusivo mediante el ejercicio de la acusación correspondiente.

De lo dicho tenemos y conforme al contenido del artículo 262 del precitado Código, que fundamentalmente la fase preparatoria tendrá como norte la preparación del juicio oral y público, mediante la investigación –actos de investigación- de la "verdad" y la recolección de todos los elementos de convicción que permitan fundamentar la acusación del fiscal y la defensa del imputado.

Concluidas las diligencias pertinentes en la fase preparatoria, el Ministerio debe realizar su acto conclusivo que puede ser archivo fiscal, sobreseimiento o acusación, ésta última que es la que nos interesa a los efectos de esta narración, lo que dará paso a la siguiente fase, intermedia o preliminar que también es llevada y controlada por el juez de Control. De esta manera, presentada la acusación en los términos del artículo 308 y conforme al articulo 309, tendrá lugar la celebración de la audiencia preliminar cuyo objeto será el debate pertinente sobre la admisión o no de la acusación, el sobreseimiento de la causa, las excepciones que se opongan, el régimen de las medidas cautelares, la oposición a las pruebas o contradicción, el acuerdo sobre los hechos, entre otros aspectos propios que se debaten en este momento, como lo señalada el artículo 309, que expresa […] *Presentada la acusación el Juez o Jueza convocará a las partes a una audiencia oral, que deberá realizarse dentro de un plazo no menor de quince días ni mayor de veinte. En caso de que hubiere que diferir la audiencia, esta deberá ser fijada nuevamente en un plazo que no podrá exceder de veinte días. La víctima se tendrá como debidamente citada, por cualquier medio de los establecidos en este Código y conste debidamente en*

autos. La víctima podrá, dentro del plazo de cinco días, contados desde la notificación de la convocatoria, adherirse a la acusación de él o la Fiscal o presentar una acusación particular propia cumpliendo con los requisitos del artículo anterior. La admisión de la acusación particular propia de la víctima al término de la audiencia preliminar, le conferirá la cualidad de parte querellante en caso de no ostentarla con anterioridad por no haberse querellado previamente durante la fase preparatoria. De haberlo hecho, no podrá interponer acusación particular propia si la querella hubiere sido declarada desistida."

Respecto al desarrollo de la audiencia dispone el artículo 312 que […] *El día señalado se realizará la audiencia en la cual las partes expondrán brevemente los fundamentos de sus peticiones. Durante la audiencia el imputado o imputada podrá solicitar que se le reciba su declaración, la cual será rendida con las formalidades previstas en este Código. El Juez o Jueza informará a las partes sobre las medidas alternativas a la prosecución del proceso. En ningún caso se permitirá que en la audiencia preliminar se planteen cuestiones que son propias del juicio oral y público.",* y una vez terminada la audiencia el juez de Control resolverá lo pertinente respecto a los aspectos indicados en el artículo 313, como son […] *1. En caso de existir un defecto de forma en la acusación de el o la Fiscal o de el o la querellante, éstos podrán subsanarlo de inmediato o en la misma audiencia, pudiendo solicitar que ésta se suspenda, en caso necesario, para continuarla dentro del menor lapso posible. 2. Admitir, total o parcialmente, la acusación del Ministerio Público o de el o la querellante y ordenar la apertura a juicio, pudiendo el Juez o Jueza atribuirle a los hechos una calificación jurídica provisional distinta a la de la acusación fiscal o de la víctima. 3. Dictar el sobreseimiento, si considera que concurren algunas de las causales establecidas en la ley. 4. Resolver las excepciones opuestas. 5. Decidir acerca de medidas cautelares. 6. Sentenciar conforme al procedimiento por admisión de los hechos. 7. Aprobar los acuerdos reparatorios. 8. Acordar la suspensión condicional del proceso. 9. Decidir sobre la legalidad, licitud, pertinencia y necesidad de la prueba ofrecida para el juicio oral.".* En caso de admisión de la acusación ordenará la apertura a juicio mediante auto que en los términos del artículo 314 contendrá […] *1. La identificación de la persona acusada. 2. Una relación clara, precisa y circunstanciada de los hechos, su calificación jurídica provisional y una exposición sucinta de los motivos en que se funda; y, de ser el caso, las razones por las cuales se aparta de la calificación jurídica de la acusación. 3. Las pruebas admitidas y las estipulaciones realizadas entre las partes. 4. La orden de abrir el juicio oral y público. 5. El emplazamiento de las partes para que, en el plazo común de cinco días, concurran ante el Juez o Jueza de juicio. 6. La instrucción al secretario de remitir al tribunal competente la documentación de las actuaciones y los objetos que se incautaron. Este auto será inapelable, salvo que la apelación se refiera sobre una prueba inadmitida o una prueba ilegal admitida."*

Con el auto de apertura a juicio oral y público la causa se coloca en la fase de juicio que se realiza ante el juez de Juicio, donde el acto fundamental lo constituye la audiencia oral y pública, de juicio o probatoria regida por los principios citados al comienzo de este punto, como la oralidad, inmediación, concentración, continuidad, publicidad, cuya finalidad precisamente es el contradictorio o bilateralidad

del tema controvertido, con la materialización de los medios de prueba de cargo o actividad mínima probatoria de cargo para destruir el estado de inocencia por parte del acusador más allá de toda duda razonable –*in dubio pro reo*- sin perjuicio de la actividad probatoria que pueda realizar el acusado para ayudar a su propia causa, así como la producción de nuevas pruebas sobrevenidas, todo lo que terminará con el dictado de la sentencia caracterizada el principio de congruencia en los términos del artículo 345 y que conforme al artículo 346 deberá cumplir los siguientes requisitos […] *1. La mención del tribunal y la fecha en que se dicta; el nombre y apellido del acusado o acusada y los demás datos que sirvan para determinar su identidad personal. 2. La enunciación de los hechos y circunstanciada que hayan sido objeto del juicio. 3. La determinación precisa y circunstanciada de los hechos que el tribunal estime acreditados. 4. La exposición concisa de sus fundamentos de hecho y de derecho. 5. La decisión expresa sobre el sobreseimiento, absolución o condena del acusado o acusada, especificándose en este caso con claridad las sanciones que se impongan. 6. La firma de los jueces o juezas, pero si uno de los miembros del tribunal no pudiere suscribir la sentencia por impedimento ulterior a la deliberación y votación, ello se hará constar y aquella valdrá sin esa firma.",* levantándose al efecto la respectiva acta de debate en los términos del artículo 350.

Hecho un breve recurrido por el sistema procedimental penal y respecto al momento de la actividad probatoria tenemos que luego de concluida la fase preparatoria o de investigación, recabados suficientes elementos de convicción a través de los actos de investigación realizados y que permitan fundamentar una acusación como acto conclusivo, entendida –la acusación- como aquel escrito contentivo de la pretensión punitiva, donde se enuncian los hechos institucionales de cargo en que se fundamenta la pretensión acusatoria, con el señalamiento de la culpabilidad del acusado y la petición de la pena como consecuencia jurídica, respecto al ente acusador –Ministerio Público- cuando se trate de delitos de acción pública, conforme a lo previsto en el artículo 308 del Código Orgánico Procesal Penal, el momento de la promoción de medios probatorios será en el propio escrito de acusación, donde como requisitos se le exige una fundamentación de la imputación –*rectius*: acusación- con expresión de los elementos de convicción que la motiven, así como el "ofrecimiento" de los medios de prueba que se presentarán en el juicio, con indicación de su pertinencia o necesidad, pues precisamente conforme a los extremos que debe contener el libelo acusatorio, conformado por los hechos constitutivos del delito, que demuestren el hecho delictivo y la culpabilidad del acusado, que estén amparados por los actos de investigación donde se hayan ubicado las fuentes probatorias que lo indiquen o señalen, se tiene la carga del ofertamiento o promoción de los medios probatorios. Como vemos y aún cuando la terminología no es la mas adecuada y que puede inducir a confusión, el momento de la "promoción" o "proposición" de los medios de prueba que utilizará el Ministerio Público acusador para llevar al proceso las fuentes, que servirán para la verificación de los hechos por comparación con los enunciados en que se fundamentó la acusación y conducir a la convicción o certeza judicial, mediante la destrucción del estado constitucional

de inocencia conforme a una prueba de cargo que demuestren la existencia de un hecho punible, que el hecho se debe a una conducta específica del acusado, que hubo intención criminosa y que es perseguible, más allá de una duda razonable, será en el escrito o libelo acusatorio, ello en cumplimiento de la carga probatoria que pesa sobre el acusador y que es consecuencia de la citada presunción de inocencia.

Pero como hemos indicado en otro momento y aplicado al caso en estudio, no debemos incurrir en un confusionismo respecto al momento de la prueba en el sistema de procedimiento penal, pues y aún cuando el legislador en el artículo 308.5 del Código Orgánico Procesal Penal se refiere al "ofrecimiento" de los medios de prueba, no se está en presencia del enunciado o señalamiento de los mismos en su noción de "ofrecimiento" como tal y que no involucra promoción, sino que estamos ante un verdadero momento de "producción" o "promoción" de medios probatorios con la incorporación de todos aquellos medios, elementos y piezas que sirvan como fuentes para una eventual convicción judicial en los términos que hemos indicado. También interesa destacar que la norma en cuestión se limita a indicar que los medios probatorios que se "ofrezcan" para presentar –entiéndase "evacuar"- en el juicio, deben contener la indicación de su pertinencia o necesidad, lo que en aplicación del criterio constitucional y garantista que hemos expuesto en otro momento, debe considerarse e interpretarse como que los medios de prueba que proponga el Ministerio Público deben contener y cumplir con la indicación de la legalidad, relevancia, pertinencia, licitud, idoneidad o conducencia, regularidad y temporaneidad de los mismos, con la debida identificación del objeto de la prueba para poder analizar y controlar tales aspectos.

Igualmente y respecto a la víctima conforme al contenido del artículo 309 del Código en estudio, dentro del plazo de cinco (5) días contados desde la notificación a la convocatoria a la audiencia preliminar, la cual tendrá lugar dentro de una plazo que no será menor de quince (15) días ni mayor de veinte (20), podrá adherirse a la acusación del Ministerio Público o presentar una acusación particular propia cumpliendo con los requisitos exigidos al efecto –artículo 308- cuya admisión le conferirá la cualidad de parte querellante en caso de no haberla ostentado con anterioridad por no haberse querellado previamente durante la fase preparatoria. En caso que la víctima se presente su acusación particular propia deberá contener los requisitos exigidos en el citado artículo 308, especialmente el "ofrecimiento" de los medios de prueba que presentará en la audiencia de juicio, con indicación de su pertinencia o necesidad, vale decir, que en esta materia de promoción de medios probatorios se hace un tratamiento igualitario al señalado para el caso de la acusación del Ministerio Público y que para no repetir lo antes dicho nos remitidos a los párrafos precedentes.

No obstante a lo indicado mención especial debe hacerse respecto al caso que la víctima se adhiera a la acusación presentada por el Ministerio Público, caso en el cual y aún cuando no hiciere valer una acusación particular propia, ello nada obsta para que dentro del lapso de cinco (5) días contados

desde la notificación a la convocatoria para la celebración de la audiencia preliminar, conjunta o separadamente del escrito de adhesión pueda promover –ofrecimiento- medios probatorios para su evacuación en la audiencia oral, pues y como hemos indicado se trata de un derecho constitucional a lo que sumamos el hecho que la adhesión a la acusación en nada le impide proponer sus propios medios probatorios.

Respecto al acusado y conforme al contenido del artículo 311 del Código Orgánico Procesal Penal, este podrá hasta cinco (5) días antes del vencimiento del plazo fijado para la celebración de la audiencia preliminar, presentar escrito de defensa y realizar entre otros actos la oposición de las excepciones previstas en el Código, cuando no hubieran sido planteadas con anterioridad y se fundaran en hechos nuevos, pedir la imposición o revocación de medidas cautelares, solicitar la aplicación del procedimiento por admisión de los hechos, proponer acuerdos reparatorios, solicitar la suspensión condicional del proceso y respecto al tema que nos interesa "proponer" las pruebas –*rectius*: hechos- que podrían ser objeto de estipulación entre las partes, así como "promover" las que producirán en el juicio oral, con la indicación de su pertinencia y legalidad. Se trata de dos actividades diferentes a saber, por un lado la indicación de aquellos "hechos" que conforme al contenido de la acusación del Ministerio Público y de la víctima –de haberla- puedan ser tema de acuerdos o pactos –estipulaciones- en los términos del artículo 184 del Código Orgánico Procesal Penal conforme al cual […] *Si las partes estuvieren de acuerdo en alguno de los hechos que se pretenden demostrar con la realización de determinada prueba, podrán realizar estipulaciones respecto a esa prueba, con la finalidad de evitar su presentación en el debate del juicio oral y público. De tales estipulaciones deberá quedar constancia expresa en el auto de apertura a juicio, y las partes podrán alegarlas en el debate, sin necesidad de incorporarlas por algún medio de prueba. No obstante, si el tribunal lo estima conveniente ordenará su presentación*.", aún cuando erradamente el artículo 311.6 se refiere a la terminología "pruebas", cuando lo que realmente puede ser objeto de estipulación entre partes son los "hechos" para tenerlos como ciertos y que puedan ser considerados como fijados por el judicante en la sentencia definitiva, evitando toda actividad probatoria que tienda a demostrar esos "hechos" que han sido acordados o estipulados por las partes, en pro de la celeridad procesal y evitando un desgaste de la actividad judicial tanto de las partes como del judicante.

Conforme al comentario que ya hemos hecho, el acusado si bien no tiene la carga probatoria de la demostración de su inocencia, cuyo estado constitucionalmente se tiene y cuyo quiebre compete al acusador mediante esa mínima actividad probatoria que aporte al proceso esa prueba de cargo respecto al delito acusado, si quiere aportar medios probatorios que sirvan para su inculpación tiene la carga de cumplir con las exigencias mínimas de los medios probatorios, como lo legalidad, relevancia, pertinencia,

licitud, tempestividad, idoneidad o conducencia y regularidad, con la debida identificación de su objeto para poder controlar tales exigencias sin lo cual los medios probatorios no deben ser admitidos.

Nos dice artículo 311 […] *Hasta cinco días antes del vencimiento del plazo fijado para la celebración de la audiencia preliminar, el o la Fiscal, la víctima, siempre que se haya querellado o haya presentado una acusación particular propia, y el imputado o imputada, podrán realizar por escrito los siguientes actos: …6. Proponer las pruebas que podrían ser objeto de estipulación entre las partes. 7. Promover las pruebas que producirán en el juicio oral, con indicación de su pertinencia y necesidad. 8. Ofrecer nuevas pruebas de las cuales hayan tenido conocimiento con posterioridad a la presentación de la acusación Fiscal. Las facultades descritas en los numerales 2, 3, 4, 5, y 6 pueden realizarse oralmente en la audiencia preliminar.*" De la norma parcialmente transcrita nos preguntamos **¿el contenido de la norma y respecto a la oportunidad legal para la proposición o promoción de medios probatorios, aplica al Ministerio Público y a la víctima que se ha adherido a la acusación fiscal o que ha presentado una particular propia, cuando éstos sujetos tienen definido una oportunidad procesal anterior para proponer medios probatorios?**

La respuesta a la interrogante podemos hacerla en dos direcciones, la primera señalando que en los términos del artículo 308.5 del Código Orgánico Procesal Penal que indica […] 5. *El ofrecimiento de los medios de prueba que se presentarán en el juicio, con indicación de su pertinencia o necesidad.",* estamos en presencia de un sistema de procedimiento que regula tanto el "ofrecimiento" como la "promoción" de los medios de prueba en dos momentos diferentes, donde en el primero sólo se exige una indicación genérica de aquellos medios o de su existencia y que formalmente se propondrán en un momento diferente, caso en el cual, con la acusación sólo se exigiría un "ofrecimiento" que no involucra promoción, lo que deberá hacerse en el lapso indicado en el artículo 311, esto es, hasta cinco (5) días antes del vencimiento del plazo fijado para la celebración de la audiencia preliminar, de manera el Ministerio Público y la víctima que se hubiere adherido a la acusación fiscal o hubiera presentado una particular propia –también el acusado- podrían promover sus medios probatorios en una oportunidad diferente a la acusación. Pero a este planteamiento se le podría hacer el reparo de conducir al problema de indefensión para el acusado, cuando el acusador presentara su escrito ofertando pruebas –fueran o no nuevas- el último de los días del plazo señalado, caso en el cual afirmamos que al acusado tendría que permitírsele la posibilidad de presentar argumentos respecto a tal situación e incluso la proposición de medios probatorios al respecto, con el agravante que no existe en el Código regulación alguno respecto al momento en que podría ejercitar el acusado tal actividad.

Como podrá observarse la problemática planteada conduciría a señalar que el plazo fijado en el artículo 311 del Código Orgánico Procesal Penal y salvo nuevas pruebas, no sería oportunidad procesal para la promoción de pruebas de los acusadores –Ministerio Público o víctima- no obstante y en caso de

aceptarse, también lo sería el hecho de permitir al acusado defenderse de tal circunstancia, bien oponiendo excepciones, oponiéndose a las pruebas u ofertando nuevos medios, que ante la falta de regulación legal respecto al tiempo de tal actividad, necesariamente tendría que permitirse en la propia audiencia preliminar. Sobre este punto seguiremos más adelante.

Un segundo escenario donde podemos ubicar la respuesta a la interrogante que nos hemos formulado, se basa en una interpretación lógica del contenido del artículo 311 en relación a los artículos 308 y 309 todos del Código Orgánico Procesal Penal, conforme a la cual con la acusación sea del Ministerio Público y de la víctima deben "ofrecerse", entendido como "promoción" o "proposición" de manera preclusiva todos los medios probatorios que van a materializar en la audiencia oral y pública y que sirven como prueba de cargo de los hechos enunciados en la acusación, de manera que luego de presentada la acusación no podrán promoverse nuevos medios probatorios, salvo los casos excepcionales señalados en la ley, siendo precisamente uno de ellos, el contenido del artículo 311.8 *ejusdem*, en principio de aplicación exclusiva a los acusadores –Ministerio Público y víctima eventualmente- quienes hasta cinco (5) días antes del vencimiento del plazo fijado para la celebración de la audiencia preliminar, podrían "ofrecer" entendido como "promover" nuevas pruebas de las cuales hubieran tenido conocimiento con posterioridad a la presentación de la acusación fiscal, de manera que no se trata de cualquier medio probatorio, solo aquellos sobrevenidos a la acusación fiscal, fueran de fecha anterior o posterior a la misma, pero que indefectiblemente fueran de conocimiento posterior.

Destacamos aquí dos cosas, la primera que decimos que en "principio" lo dicho no aplicaría al acusado, pues además que éste siempre tendría el derecho a defenderse a promover los medios de prueba luego de la acusación, en el caso concreto de presentar su escrito en el último de los (5) días antes del vencimiento del plazo fijado para la celebración de la audiencia preliminar, no podría hacer uso del contenido del artículo 311.8; pero también pudiéramos pensar que si presentará su escrito de defensa antes del vencimiento de dicho plazo, nada impediría que aportara un escrito complementario donde "ofreciera" –promoviera- "nuevos" medios probatorios de los que tuvo conocimiento con posterioridad a la acusación fiscal, lo cual en puridad de verdad no se trataría de nuevas pruebas a que se refiere el artículo 311.8 sino de medios probatorios promovidos como complemento del escrito que ya hubiera presentado, de manera que consideramos que el contenido del artículo en cuestión -311.6- es de aplicación exclusiva del acusador inaplicable por lógica secuencial del procedimiento al acusado, cuya actividad en materia de promoción de pruebas se ubica en el artículo 311.7.

Insistiremos que resulta bien alado por los cabellos y por demás ilógico aplicar el contenido del artículo 311.8 al acusado, pues si la defensa es con posterioridad a la acusación, no resulta coherente que se haya previsto la posibilidad de nuevas pruebas para el acusado, cuando precisamente éste presentará

su escrito luego del acto de acusación, observando y conociendo su contenido, de manera que en todo caso si queremos darle algún sentido de aplicación al artículo en comento para el acusado, se nos ocurre que se trataría de un supuesto de nueva prueba conocida con posterioridad a la presentación del escrito de defensa y antes del vencimiento del lapso ya señalado, que sin perjuicio de no estar regulado en la ley, si todavía quedara lapso tendría que permitírsele como complemento de escrito de defensa.

De lo dicho hasta ahora y respecto al acusador, tenemos que en los términos del artículo 311 sólo le sería aplicable el contenido del ordinal 8° referido a nuevas pruebas luego de la acusación, pues de no ser el caso, la oportunidad de promoción de pruebas habría precluido con la acusación, de manera que el ordinal 7° solo sería de aplicación exclusiva para el acusado. Consecuencia de lo anterior es que nuestro legislador no fue del todo claro en esta materia, incurriendo y haciendo incurrir en un confusionismo respecto al verdadero momento preclusivo de promoción de pruebas, especialmente y respecto al sujeto acusador, ya que del contenido del artículo 311 puede inferirse una previsión respecto al tema de promoción de medios probatorios, que no solo se refiere a nuevas pruebas sino en general, a la posibilidad que todos los sujetos del proceso –Ministerio Público acusador, víctima que se adhiera a la acusación fiscal o presente la particular propia y acusado- puedan presentar o promover medios probatorios hasta cinco (5) días antes del vencimiento del plazo fijado para la celebración de la audiencia preliminar, sin restricción alguna respecto a la preclusión prevista para la acusación, lo que en definitiva se presentaría como un criterio amplio, flexible y garantista, más debe tenerse en consideración que en este caso si el acusador propone medios probatorios en el último de los días del precitado lapso, necesariamente tendría que permitírsele nuevamente al acusado el derecho de presentar nuevos argumentos al respecto y a presentar nuevas pruebas, lo que ante la falta de previsión legal tendría que hacerse en la propia audiencia preliminar.

También interesa dejar asentado que en caso de diferimiento de la audiencia preliminar, ello no involucra una reapertura del lapso a que se refiere el artículo 311 del Código Orgánico Procesal Penal, donde las partes podrían nuevamente presentar o promover medios probatorios, puyes y salvo los casos excepcionales a que nos referiremos en el próximo párrafo, el momento de la promoción de la prueba ya ha precluido.[497]

Por vía excepcional a los momentos procesales y preclusivos señalados, en caso de haberse admitido la acusación total o parcialmente y luego de dictado el auto de apertura a juicio, las partes podrán promover o proponer medios probatorios cuando estemos en presencia de “nuevas pruebas”, conocidos con posterioridad a la audiencia preliminar, ello conforme al contenido del artículo 326 que señala […]

---

[497] Véase sentencia de la Sala de Casación Penal del Tribunal Supremo de Justicia, N° 249, de fecha 30 de mayo 2006, con ponencia de la magistrado Mirian MORANDI, expediente N° C06-02330.

Las partes podrán promover nuevas pruebas, acerca de las cuales hayan tenido conocimiento con posterioridad a la audiencia preliminar.", y aunque el momento de estas nuevas pruebas se abre luego de la precitada audiencia preliminar, manifestamos que su proposición será luego del auto de apertura a juicio, ya que la norma en comento se ubica en el sección referida a la preparación del debate, lo que nos coloca ante el juez de Juicio y ya no en fase preliminar. También indiquemos que estas "nuevas pruebas" pueden ser sobrevenidas a la audiencia preliminar, pero pueden ser anteriores a ese momento cuando el conocimiento respecto a su existencia se produce con posterioridad, caso en el cual estamos ante un hecho negativo –desconocimiento de la existencia de los medios probatorios- cuya carga probatoria no corresponde al proponente, sino a la parte que quiera atacar por extemporánea la promoción, mediante la afirmación del hecho positivo en contrario –conocimiento de la existencia del medio probatorio- y su prueba, lo que en definitiva no es más que atacar o cuestionar la diligencia probatoria de no haber aportado el medio en su oportunidad, que ahora pretende aducirse disfrazado de "nueva prueba": la extemporaneidad del medio por negligencia.

Otros casos excepcionales de promoción de medios probatorios se presentan en caso de nueva calificación jurídica y de ampliación de la acusación, el primero contenido en el artículo 333 conforme al cual […] *Si en el curso de la audiencia el tribunal observa la posibilidad de una calificación jurídica que no haya sido considerada por ninguna de las partes, podrá advertir al acusado o acusada sobre esa posibilidad, para que prepare la defensa. A todo evento, esta advertencia deberá ser hecha por el Juez o Jueza inmediatamente después de terminada la recepción de pruebas, si ante no lo hubiere hecho. En este caso se recibirá nueva declaración al acusado o acusada y se informará a las partes que tendrán derecho a pedir la suspensión del juicio para ofrecer nuevas pruebas o preparar la defensa.*" También y en los términos del artículo 334, durante el debate en audiencia oral y pública y hasta antes de concedérsele la palabra a las partes para la exposición de sus conclusiones, el Ministerio Público o el querellante podrán ampliar la acusación mediante la inclusión de nuevos hechos o circunstancias que no hubieran sido mencionadas y que modificaran la calificación jurídica o la pena del hecho objeto del debate, caso en el cual el querellante podría adherirse a la ampliación fiscal y éste fiscal- podrá incorporar nuevos elementos a la ampliación de su acusación, todo lo que conducirá a la necesidad de nueva declaración del acusado y al derecho de las partes a pedir la suspensión del juicio para ofrecer nuevas pruebas o preparar la defensa, todo en el entendido que los nuevos hechos o circunstancias sobre los cuales versara la ampliación, quedarán comprendidos en el auto de apertura a juicio. Por último el artículo 342 que permite excepcionalmente el tribunal de Juicio, de oficio o a instancia la recepción de cualquier medio probatorio, si en el curso de la audiencia de Juicio surgieren hechos o circunstancias nuevas que requieran ser esclarecidas, sin que en ningún caso el tribunal pueda vulnerar la carga probatoria que corresponda a cada una de las partes.

Analizado el momento de la promoción de los medios de prueba nos preguntamos **¿cuál será la oportunidad legal en el sistema de procedimiento penal, para la oposición a la admisión de los medios probatorios propuestos?, ¿cuál será el momento para la providenciación de los medios de prueba?**

La primera de las interrogantes resulta de suma importancia ya que estamos en presencia de un derechos constitucional, que en un sistema garantista debe ser previamente establecido y respetado para que las partes puedan ejercer su derecho humano a la defensa, traducido en este caso en la contradicción de los medios probatorios. Dicho esto indiquemos que en el sistema de procedimiento penal no hubo regulación alguna ni en cuanto al momento procesal de oposición a la admisión de los medios probatorios promovidos, ni de los motivos de la oposición, aún cuando sí lo hubo respecto a la posibilidad de convenir sobre los hechos y erradamente –como hemos indicado- sobre los medios probatorios –artículo 184-; pero en tratándose como dijimos de un derecho constitucional y humano que no permite considerar o interpretar, que la falta de regulación sea sinónimo de inexistencia del derecho, por lógica secuencial del procedimiento penal donde se celebra una audiencia preliminar cuya finalidad precisamente será denuncia aquellas irregularidades que se presentaran en la investigación, la oposición de cuestiones de previo pronunciamiento que no hayan sido propuestas o que se funden en hecho nuevos o sobrevenidos, será precisamente en esta audiencia el momento procesal oportuno para debatir sobre los medios probatorios propuestos, sobre su eventual admisión o rechazo por parte del juez de Control, donde podrán cuestionarse los mismos por ser ilegales, impertinentes, irrelevantes, ilícitos, inidóneos o inconducentes, intempestivos o irregularmente propuestos, elementos todos éstos que permiten controlar la admisión de la prueba y que tienen una base constitucional que deben ser analizados por el judicante, incluso de oficio –dado su carácter de orden público- al momento de providenciar las mismas.

Es importante destacar que el tema probatorio –oferta de los medios de prueba- en el sistema de procedimiento penal resulta de vital importancia, especialmente para el acusador, sobre quien pesa la carga de la prueba de cargo que destruya la presunción de inocencia que como estado constitucional, ampara al acusado y le exime de asumir carga probatoria alguna, pudiendo asumir una conducta absolutamente pasiva frente a la acusación, pues insistimos es al acusador a quien compete esa mínima actividad probatoria de cargo que destruya el estado constitucional más allá de toda duda razonable, mediante una prueba formada en la audiencia de juicio –salvo la anticipación de medios probatorios- con contradicción o bilateralidad, inmediación, concentración, publicidad y oralidad. Lo dicho impacta en el tema del control y debate sobre la admisión de los medios probatorios, ya que precisamente en la audiencia preliminar –salvo lo que diremos más adelante- las partes tendrán su primer debate respecto a la admisión o no de las pruebas –medios- que de ser cuestionadas aquellas propuestas por la acusación y

de ser desechadas, ante la falta de medios que aporten aquellas fuentes que sirvan para verificar los hechos enunciados en la acusación por comparación y crear la certeza judicial, necesariamente debe conducir a la inadmisión de la acusación y al sobreseimiento de la causa, ello en función que ante tal circunstancia y de negarse la admisión de los medios probatorios de la acusación, dejaría ésta sin fundamento o basamento alguno, con la advertencia desde ya –aunque lo hemos dejado asentado en otro momento- que el análisis de los precitados elementos de legalidad, relevancia, pertinencia, idoneidad o conducencia, licitud, tempestividad y regularidad, son requisitos de admisión de los medios de prueba que para nada afectan o comprenden los requisitos de valoración que son aquellos que tiene interdictado el juez de Control, de manera que éste -juez de Control- no podrá dejar de arbitrar sobre los elementos probatorios ofertados, so pretexto de ser una cuestión de fondo que corresponda al juez de Juicio.

Vemos en consecuencia la importancia del debate probatorio que se presenta en la audiencia preliminar, pues y como veremos en base al tema de la prueba –control sobre la admisión de los medios probatorios ofertados- entre otros elementos a analizar, es que el juez de Control podrá admitir total o parcialmente la acusación al constatar la existencia de elementos de convicción recabados en la fase preparatoria y que conforme a la oferta probatoria que previo al cumplimiento de los requisitos legales, le permita potenciar la posibilidad de la demostración de los hechos afirmados en la acusación, siendo la audiencia preliminar el momento preciso donde las partes van a debatir sobre la existencia de suficientes elementos para acreditar o desvirtuar la prosecución a la siguiente fase o etapa, esto es, el eventual enjuiciamiento del acusado y donde el judicante debe analizar los hechos que le han presentado a los fines de determinar si de la acusación emergen los fundamentos serios para ordenar la apertura a juicio oral y público contra el acusado; es en este momento donde el acusado puede cuestionar la acusación, los elementos de convicción en que se funde y los medios probatorios promovidos para demostrar la inviabilidad de los hechos que se le acusan.

En este sentido conforme al criterio de Casación Penal el juez de Control no es un receptor mecánico de la petición fiscal o del querellante, siendo a él a quien corresponde analizar el hecho que le ha sido presentado a los fines de determinar si de la acusación emergen fundamentos serios para ordenar la apertura del juicio oral y público contra el acusado, de manera que éste podrá oponer los fundamentos que desvirtúen la acusación y podrá hacer una valoración indicativa de los medios ofertados por el fiscal que demuestren que no es viable atribuir al acusado el hecho punible. El juez de Control no puede soslayar el debate de la procedencia de la acusación bajo el pretexto que se trata de "cuestiones que son propias del juicio oral y público", siendo la audiencia preliminar el momento donde debe determinar la viabilidad procesal e la acusación, haciendo la evaluación de la relación de los elementos de convicción y sin éstos son suficientes para determinar los hechos constitutivos del tipo penal acusado, realizando un

control de la acusación bajo la verificación de la materialización del verbo rector en la conducta supuestamente transgresora, sin poder evadirse de realizar dicho control y debiendo hacer una valoración racional para la toma de la decisión pertinente; el juez de Control no solo es el garante de los derechos fundamentales, debiendo respetar y hacer respetar los mismos, sino que debe proteger el debido proceso, el derecho a la presunción de inocencia y si existen elementos probatorios suficientemente sólidos que impliquen duda acerca del hecho punible o que no pueda ser atribuido al acusado, en resguardo de la precitada presunción debe rechazar la acusación.

Pero aunado a lo expresado, también y respecto a la posibilidad de oposición a los medios de prueba promovidos por en la acusación, el tema podría ser reconducido –respecto al acusado- a la oposición de las excepciones –artículo 311.1- a que se refiere el artículo 28.i respecto a la falta de los requisitos esenciales para intentar la acusación fiscal o la particular, siempre que no pudieran ser corregidos o no fueran corregidos en las oportunidades reguladas en el Código, de manera que y respecto a los medios probatorios promovidos que resultan requisitos esenciales de la acusación, de haberse promovido en forma irregular y sin cumplimiento de los requisitos legales, la vía de oposición de la excepción señalada podría utilizarse para ejercitar la contradicción de los medios probatorios, lo que conduciría a su eventual inadmisión al estar en presencia de un caso donde no cabe la subsanación, al tratarse de pruebas erradamente promovidas y cuyo lapso de proposición habría fenecido, donde incluso no cabría la posibilidad de producirlas posteriormente –artículo 326- al no tratarse de pruebas nuevas, afirmando que tampoco podrían hacerse valer por vía de la ampliación de la acusación o de nueva calificación jurídica, so pena de incurrir en fraude a la ley al incorporar sobrevenidamente medios probatorios que no solo no son nuevos, sino que habrían sido rechazados en un momento anterior por haber sido erradamente propuestos –sin cumplir los requisitos de ley- en otros términos, que no operarían los casos de excepción.

Respecto al momento de la providenciación sobre los medios probatorios promovidos oportunamente, corresponderá al juez de Control luego de finalizada la audiencia preliminar, donde deberá resolver entre otras cosas respecto a la legalidad, licitud, pertinencia y necesidad de los medios probatorios ofrecidos, todo conforme a lo previsto en el artículo 313.9 del Código Orgánico Procesal Penal, lo que quedará plasmado en el auto de apertura a juicio que en los términos del artículo 314.3 deberá contener […] *Las pruebas admitidas y estipulaciones realizadas entre las partes."* Observemos primeramente que la competencia respecto a la admisión de los medios probatorios promovidos, corresponde a un juez diferente al que a de sentenciar –juez de Juicio- lo que en principio no parece lógico ya que se trata de un funcionario diferente al que debe crearse la convicción o certeza judicial respecto a los hechos debatidos, de manera que si el juez de Juicio considera que se produjo un error al

inadmitir o admitir un medio probatorio, en el momento procesal en que conoce de la causa ya nada podría hacer, ello sin perjuicio de la actividad probatorio oficiosa, pero que pudiera conducir al inconveniente de suplir actividad probatoria de partes.

De esta manera en teoría no existe un motivo que justifique que el juez del Control de la admisión de los medios probatorios sea diferente al juez que debe formarse la convicción judicial, aunque ello pudiera eventualmente sostenerse en el tema de la prueba ilícita, que ante el cuestionamiento sobre la admisión de un medio por tales motivos, para no contaminar el criterio del juez –de Juicio- se le haya dado tal facultad al juez de Control; también podría sostenerse que es el juez de Control quien debe revisar el tema probatorio pues es a él a quien compete admitir la acusación y analizar si existen elementos de convicción basados en actos de investigación que puedan sostener la acusación, la comisión del delito y la culpabilidad del acusado, así como la oferta de medios probatorios serios que permitan eventualmente demostrar en audiencia pública y oral los argumentos de hecho que sostienen la acusación, pues recordemos que si no existe una oferta probatoria que sea capaz –potencialidad- de demostrar los hechos afirmados en la acusación que lleven esa prueba de cargo con un mínimo de actividad probatoria, es decir, que no estemos ante una acusación caprichoso o infundada, la consecuencia debe ser el rechazo de la acusación y la declaratoria de sobreseimiento de la causa.

Pero los argumentos esgrimidos que en teoría sostendrían o justificarían que el legislador haya optado por atribuir al juez de Control la competencia para pronunciarse sobre la admisión de los medios probatorios propuestos, aunque no sea el juez que deba sentenciar, quedarían desvirtuados o sin piso cuando señalamos que perfectamente el juez de Juicio podría abrir una incidencia cuando se presentara un argumento de ilicitud de la prueba, para no contaminarse con el medio probatorio y determinar la forma de su obtención, que en caso de acreditarse su ilicitud conduciría a la expulsión del medio probatorio que no habiéndose evacuado en audiencia oral, no contaminaría el criterio judicial; por otro lado y respecto al análisis de los medios probatorios para determinar si existen motivos para admitir la acusación y ordenar la apertura a juicio, se trata en realidad de un análisis apriorístico, de la potencialidad de los medios para allegar en la futura audiencia oral y pública, las fuentes que sirvan para verificar los hechos por comparación y conducir a la certeza o convicción judicial, lo que en el momento de la audiencia preliminar no puede determinarse con precisión sino –insistimos- con meros criterios apriorísticos, especulativos y siguiendo criterios sobre la pontencialidad de los medios, que en nada afecta el tema de la admisión y que perfectamente pudiera otorgársele dicha competencia al juez de Juicio dejándole al de Control el análisis de la precitada potencialidad para pronunciarse sobre la admisión de la acusación, sin tener que emitir opinión sobre la admisión o no de los medios probatorios, en otras palabras, el tema del análisis de la existencia de elementos de convicción que sustenten la acusación y de

la oferta de medios probatorios que puedan conducir a la demostración de los hechos enunciados en la acusación, así como la existencia de fuentes probatorias, elementos todos éstos que son analizados para la admisión de la acusación, en nada afecta y se conecta con la admisión de los medios probatorios que puedan quedar en manos del juez de Juicio.

Sin perjuicio de los señalado nuestro legislador penal de procedimientos optó por atribuir al juez de Control la competencia respecto a la admisión de los medios probatorios, lo que deberá estar contenido en el auto de apertura a juicio, así como todos los acuerdos que sobre los hechos y los medios de prueba hicieren las partes en la audiencia preliminar, auto o decisión judicial que respecto al tema probatorio, tanto sobre la admisión como sobre la inadmisión de medios propuesto u ofertados, tendrá apelación –artículo 314- que por su carácter no definitivo debe ser admitido en un solo efecto –efecto devolutivo y no suspensivo-. También indiquemos que respecto al tema probatorio que compete al juez de Control en este momento del procedimiento, se refiere al análisis de los elementos de orden público relacionados con la admisión de los medios probatorios, como lo son su legalidad, licitud, relevancia, pertinencia, idoneidad o conducencia, tempestividad y regularidad en su proposición, elementos todos éstos –como hemos indicado- que se refieren a requisitos de admisión y que para nada tocan el fondo del tema probatorio, vale decir, que para nada se refieren a la apreciación y valoración de las fuentes probatorias allegadas con los medios, lo que corresponderá al juez de Juicio.

En cuanto al momento de la evacuación de los medios probatorios admitidos, ya hemos dicho en otra oportunidad que en el procedimiento penal, la prueba que sirve de verificación de los hechos enunciados por comparación con las fuentes aportada por los medios y que crea certeza o convicción judicial, solo será aquella formada en la audiencia pública y oral, con inmediación, concentración, publicidad y contradictorio o bilateralidad, salvo los casos excepcionales de anticipación de medios probatorios en los términos y condiciones señaladas en el artículo 289 del Código Orgánico Procesal Penal. De esta manera es lógico expresar que la evacuación de los medios probatorios admitidos y salvo la precitada anticipación, será en la audiencia oral pública de juicio, lo que incluso queda remarcado con el contenido del artículo 183 al señalar que […] *Para que las pruebas puedan ser apreciadas por el tribunal, su práctica debe efectuarse con estricta observancia de las disposiciones establecidas en este Código.",* norma que concatenamos con la contenida en el artículo 16 que señala […] *Los jueces u juezas que han de pronunciar la sentencia deben presenciar, ininterrumpidamente, el debate y la incorporación de las pruebas de las cuales obtienen su convencimiento.*"

Conforme al contenido del artículo 336 del Código Orgánico Procesal Penal, después de la declaración del acusado en la audiencia oral y pública de juicio, el juez procederá a recibir las pruebas en el orden que indica el legislador en los artículos que tratan la evacuación de los medios probatorios, salvo

que considere útil o necesario alterar el precitado orden. En este sentido conforme al orden normativo tenemos que primeramente se procederá a la evacuación de la prueba de experticia, conforme al contenido del artículo 337 *ejusdem*, continuándose con la declaración de los testigos, el interrogatorio cruzado de los mismos y de los expertos, la lectura de los medios probatorios instrumentales, la reproducción de grabaciones, la exhibición de los objetos y otros elementos ocupados, su reconocimiento por los expertos, testigos lo que se hará al momento de declarar, y la inspección judicial si fuera necesaria, todo en los términos indicados en los artículos 338, 339, 340 y 341 del Código Orgánico Procesal Penal.

Terminada la recepción de los medios probatorios, el juez concederá a las partes la palabra para que expongan sus conclusiones finales, todo en los términos y precisiones contenidos en el artículo 343, declarando luego cerrado el debate y debiendo dictar su sentencia el mismo día, salvo que por la complejidad del asunto o por lo avanzado de la hora tornen necesario diferir la redacción de la sentencia, debiéndose leer tan solo el dispositivo de la misma, con precisión sintética de los fundamentos de hecho y de derecho que motivaron la decisión, publicándose la misma a más tardar dentro de los diez (10) días posteriores al pronunciamiento de la parte dispositiva.

8. MOMENTO DE LA PRUEBA EN EL PROCEDIMIENTO LABORAL.

El sistema de procedimiento laboral contenido o regulado en la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, de 13 de agosto de 2002, ha adoptado la forma oral caracteriza como es de suyo por los principios dispositivo, de celeridad, gratuidad, inmediación, concentración, publicidad y prioridad de la realidad de los hechos y la equidad en los términos del artículo 2°, comienza previa instancia de parte a través de una demanda que como acto procesal que inicia el proceso materializa el derecho de "acción" para que previo al "proceso" se conduzca al "juicio" de la "jurisdicción" que en esta materia declare la voluntad de la ley en el caso concreto; como todo procedimiento compuestos por actos lógicos, concatenas, secuenciales y relacionados, atraviesa por tres fases o etapas, como lo son la alegatoria, la probatoria y la decisoria, a lo que se suman la recursiva y la de ejecución. La primera de estas fases o etapas -alegatoria- estará conformada por los actos procesales de la demanda, la audiencia preliminar y la contestación de la demanda, que se realizarán ante el juez de Sustanciación, Mediación y Ejecución –tribunal unipersonal-; en tanto que la fase o etapa probatoria, estará conformada por los actos procesales de proposición o promoción de las pruebas, incorporación de los medios probatorios propuestos a las actas procesales, oposición o contradicción a la admisión de los medios de pruebas propuestos, admisión o providenciación de las pruebas, recurribilidad de la providenciación de las pruebas, evacuación o materialización de las pruebas propuestas y asunción, interpretación, apreciación y valoración de las

pruebas de manera lógica, racional y razonable, sin lesionar reglas de la lógica y experiencia a través del sistema de sana crítica o libre convicción razonada, actos procesales éstos que se realizarán en la audiencia preliminar y en la audiencia de juicio, ante el juez de Sustanciación, Mediación y Ejecución y ante el juez de Juicio respectivamente.

La última fase o etapa decisoria, estará conformada por el acto procesal decisivo y decisorio de la controversia judicial, el "juicio" jurisdiccional mediante el acto racional, lógico y volitivo de la sentencia que pronunciará el juez de Juicio en la misma audiencia oral o probatoria, oportunidad en la cual pronunciará el dispositivo del fallo en forma oral, mediante una síntesis precisa y lacónica de los motivos de hecho y de derecho en que se base la decisión, reducida a un acta, una vez que se hayan evacuado los medios de prueba aportados por las partes o traídos por el juez oficiosamente y previa descarga de la partes de sus exposiciones u observaciones finales o conclusivos –alegatos finales- de manera que puede observarse claramente que en la audiencia de juicio oral o probatoria, se concentran dos fases o etapas del proceso, tales como lo son la probatoria –evacuación de las pruebas- y la decisoria, donde el operador de justicia debe emitir el dispositivo del fallo.

De esta manera el procedimiento en cuestión comienza mediante una demanda que se propondrá en forma escrita u oral por ante los Tribunales del Trabajo de Primera de Sustanciación, Mediación y Ejecución, que deberá cumplir con los requisitos establecidos en el artículo 123 de la Ley. Presentada la demanda correspondiente, conforme a lo previsto en el artículo 124 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, si la misma cumple con los requisitos exigidos, el Tribunal de Sustanciación, Medicación y Ejecución, deberá proceder a la admisión de la demanda dentro de los dos (2) días hábiles siguientes a su recibo, ordenando al efecto la notificación de la parte demandada, a fin de que comparezca a la hora que a bien se determine el operador de justicia, del décimo día de despacho siguiente a la constancia en autos de la notificación, para que tenga lugar la audiencia preliminar, tal como lo regulan los artículos 126 y 128 de la Ley; si por el contrario, la demanda no cumple con los requisitos exigidos por el legislador en el artículo 123 de la Ley, a través del despacho saneador y bajo apercibimiento de perención, ordenará al pretensionante la corrección de la demanda, la cual deberá efectuarse dentro de los dos (2) días hábiles siguientes a la notificación que al efecto se realice, todo en el entendido, como lo dispone el artículo 124 en comento, que la admisión de la demanda deberá producirse dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes al recibo del libelo de demanda.

Admitida la demanda, y materializada en autos la notificación de la parte demandada, llegada la oportunidad para que tenga lugar la audiencia preliminar, la cual por demás será de carácter privada y que estará presidida por el juez de Sustanciación, Mediación y Ejecución, con la asistencia de las partes, conforme a lo previsto en el artículo 133 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, se instará a las mismas

a poner fin a la controversia a través de actos de auto-composición procesal, a cuyo efecto, en cumplimiento del postulado constitucional de solución de conflictos mediante medios alternativos, el juzgador personalmente mediará la posición de las partes, en el entendido que de ser positiva la mediación, se dará por concluido el proceso mediante una sentencia que se dictará en forma oral e inmediata, homologando el acuerdo de las partes. En el supuesto de ser infructuosas las gestiones realizadas por el juez de Sustanciación, Mediación y Ejecución para tratar de mediar o hacer que las partes lleguen a acuerdos en el proceso, deberá a través de un despacho saneador, de oficio o a instancia de parte, tal como lo regula el artículo 134 de la Ley, resolver en forma oral los vicios procesales que pudiere detectar.

Es importante destacar que conforme al diseño de este procedimiento oral, el acto de promoción de medios probatorios es en la audiencia preliminar –artículo 73- momento para el cual todavía no se ha producido la traba de la litis, no se saben cuales son los hechos reconocidos, admitidos expresa o tácitamente, así como los controvertidos, tampoco se sabe quien asume la carga probatoria, ya que precisamente estos hechos que se fijan con la contestación de la demanda donde puede observarse la posición del demandado, los hechos excepcionados y la conducta procesal asumida, se realizan o presentan en un acto procesal posterior al de promoción de pruebas, circunstancia esta que nos permite afirmar que el legislador laboral inéditamente se ha desligado de la tradición romana donde en sus tres momentos –acciones legales, procedimiento formulario y extraordinario- primero se determinan los hechos controvertidos con la demanda y la contestación, para luego realizar los actos de pruebas, lo que también fue propio del sistema germánico e italo-canónico, romano-canónico también llamado proceso común, incluso, se separa del sistema de procedimiento que imperó en España durante la Conquista y en los procedimientos que rigieron en las Leyes de Indias, lo que no resulta correcto por los múltiples problemas y las arbitrariedades que este representa, tal como lo hemos dejado asentado en otro de nuestros trabajos.[498] Así el legislador laboral apuesta a una especie de sistema de *discovery* o descubrimiento de origen anglosajón, pero con su marcado carácter criollo, pues no es ni una cosa ni otra, es decir, ni opera como no verdadero sistema de *discovery* para el descubrimiento de pruebas que permitan, bien en el proceso o antes de él, descubrir hechos y pruebas para preparar mejor la demanda y la contestación, tal como lo reguló nuestro sistema de procedimiento marítimo, ni permite un mejor ejercicio de la defensa y mejor posición para mediar como se le ha pretendido, pues precisamente el demandado se encuentra en una posición de ventaja frente al actor, cuando éste último desconoce los hechos que serán excepcionados lo que lógicamente le limita el tema de la prueba judicial, sumado al hecho que la

---

[498] Ver Humberto E.T. BELLO TABARES. Las Pruebas en el Proceso Laboral. Ediciones Paredes. Caracas, 2009.

jurisprudencia de la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia, de manera arbitraria y legislando, ha establecido un régimen de audiencias preliminares que las divide en primigenia y prolongaciones, limitando la producción de pruebas a la primera, aún cuando la ley nada dice al respecto.[499]

Siguiendo con el *iter* procedimental encontramos que concluida la audiencia preliminar, sin que se hubiese logrado la mediación y/o el arbitraje, esto es, la solución del conflicto mediante medios alternativos, dentro de los cinco (5) días de despacho siguientes deberá la parte demandada proceder a contestar la demanda, consignando la misma en forma escrita y determinando con claridad y precisión cuales son los hechos invocados en la demanda que admite como ciertos y cuales niega o rechaza, expresando asimismo los hechos o fundamentos de su defensa, en el entendido que a falta determinación de los hechos, la falta de rechazo de los mismos, la falta de exposición de los motivos del rechazo, o la falta de prueba de los hechos que desvirtúen los elementos del proceso, traerá como consecuencia la admisión de los hechos expuestos por el pretensionante como fundamento de su demanda –artículo 135-.

Transcurrido el lapso de contestación de la demanda, tal como lo dispone el artículo 136 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, el juez de Sustanciación, Mediación y Ejecución, remitirá el expediente al Tribunal de Juicio, quien al quinto (5to) día de despacho siguiente al recibimiento de las actas procesales, deberá a través de auto expreso, fijar el día y hora en que tendrá lugar la audiencia oral de juicio o probatoria, la cual deberá tener lugar dentro de un plazo no mayor a treinta (30) días de hábiles siguientes contados a partir del mencionado auto, tal como lo norma el artículo 150 *ejusdem*.

Pero destaquemos que como hemos indicado, conforme a lo previsto en el artículo 73 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, el momento procesal para la promoción de las pruebas será en la audiencia preliminar, señalando la referida disposición legal que […] *La oportunidad de promover pruebas para ambas partes será en la audiencia preliminar no pudiendo promover pruebas en otra oportunidad posterior salvo las excepciones establecidas en esta Ley.*", lo que en la práctica arbitraria de los tribunales laborales ha quedado limita a la audiencia preliminar primigenia conforme al criterio que ha reiterado la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia,[500] sin que se permita la promoción de medios probatorios en las audiencia preliminares de prolongación. Sin perjuicio de ello, el legislador laboral no reguló momento alguno para

[499] Sentencia de la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia, N° 115, de fecha 17 de febrero de 2004, con ponencia del magistrado Omar Alfredo MORA DÍAZ, expediente N° 03-866. Ver igualmente sentencia N° 1307, de fecha 25 de octubre de 2004, con ponencia del magistrado Alfonso VALVUENA CORDERO, expediente N° 04-1083.

[500] Sentencia de la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia, N° 115, de fecha 17 de febrero de 2004, con ponencia del magistrado Omar Alfredo MORA DÍAZ, expediente N° 03-866.

que las partes pudieran oponerse a la admisión de las pruebas, así como tampoco los motivos de oposición, lo que para nada impide su ejercicio al tratarse de un derecho constitucional, cuyo tiempo máximo será antes de producirse la providenciación de los medios, acto éste que corresponde al juez de Juicio, quien luego de recibido el expediente del tribunal de Sustanciación, Mediación y Ejecución, deberá dentro de los cinco (5) días de despacho siguientes pronunciarse sobre las pruebas promovidas, todo en los términos del artículo 75 *ejusdem* que indica […] *Dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes al recibo del expediente, el Juez de Juicio providenciará las pruebas, admitiendo las que sean legales y procedentes y desechando las que aparezcan manifiestamente ilegales o impertinentes. En el mismo auto, el Juez ordenará que se omita toda declaración o prueba sobre aquellos hechos en que aparezcan claramente convenidas las partes.*

El auto de providenciación de las pruebas es recurrible en los términos del artículo 76 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo que indica […] *Sobre la negativa de alguna prueba podrá apelarse dentro de los tres (3) días hábiles siguientes a dicha negativa, y ésta deberá ser oída en un solo efecto. En este caso el tribunal de juicio emitirá las copias certificadas respectivas al Tribunal Superior competente, quien decidirá sobre la apelación oral e inmediatamente y previa audiencia de parte en un lapso no mayor de cinco (5) días hábiles a partir de la realización de la audiencia de parte. La decisión se reducirá a su forma escrita y de la misma no se admitirá recurso de casación."*

Llegada la oportunidad de la audiencia de juicio, a la cual deberán comparecer las partes y que estará presidida por el juez de Juicio, las mismas expondrán en forma oral los alegatos contenidos en la demanda y en la contestación, no admitiéndose la alegación de nuevos hechos, procediéndose –acto seguido- a la evacuación de los medios de prueba propuestos por las partes y admitidos por el tribunal de Juicio, comenzándose por el actor en la forma y oportunidad que determine el operador de justicia, todo conforme a lo preceptuado en los artículos 151 y 152 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo; evacuados los medios de prueba propuestos por las partes en la forma antes señalada, según el contenido del artículo 155 de la Ley, las partes tendrán la oportunidad de realizar oralmente las observaciones que consideren pertinente y concluido el debate, en la misma audiencia de juicio, el operador de justicia en el plazo máximo de sesenta (60) minutos, deberá dictar el dispositivo del fallo, donde acoja la pretensión del accionante o la excepción del demandado, mediante una síntesis precisa y lacónica de los motivos de hecho y de derecho en que se basa su pronunciamiento.

El artículo 159 contiene la previsión del dictado de la sentencia escrita señalando […] *Dentro del lapso de cinco (5) días hábiles siguientes al pronunciamiento oral de la sentencia, el Juez deberá, en su publicación reproducir por escrito el fallo completo, el cual se agregará a las actas, dejando constancia, el Secretario, del día y hora de la consignación, El fallo será redactado en términos claros, precisos y lacónicos, sin necesidad de narrativa, ni de transcripciones de actas, ni de documentos que consten en el expediente; pero contendrá la identificación de las partes y sus apoderados, los motivos de*

hecho y de derecho de la decisión, así como la determinación del objeto o la cosa sobre la cual recaiga la decisión; pudiendo ordenar, si fuere necesario, experticia complementaria del objeto, con un único perito, el cual será designado por el Tribunal.”, y el artículo 160 contiene los vicios de la sentencia que conducen a su nulidad, conforme al cual […] *La sentencia será nula: 1. Por faltar las determinaciones indicadas en el artículo anterior; 2. Por haber absuelto la instancia; 3. Por resultar la sentencia de tal modo contradictoria que no pueda ejecutarse o no aparezca que sea lo decidido; y 4. Curando sea condicional o contenga ultrapetita.”*

9. MOMENTO DE LA PRUEBA EN EL PROCEDIMIENTOS DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES.

El sistema de procedimiento judicial en materia de niños, niñas y adolescentes se encuentra actualmente regulado por la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes de 10 de diciembre de 2007, publicada en Gaceta Oficial N° 5.859, donde se adopta un nuevo procedimiento judicial ordinario y de corte oral regido por los principios de oralidad, inmediación, concentración, uniformidad, aplicación de medios alternativos de solución de conflictos, publicidad, simplicidad, iniciativa y límites de la decisión, dirección e impulso del juez, primacía de la realidad, libertad probatoria, lealtad y probidad, notificación única y defensa técnica gratuita.

La jurisdicción –*rectius*: competencia- en materia en esta materia y conforme a lo previsto en los artículo 173 y siguientes de la Ley, está conformada en grado mayor descendiente por la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia, quien funde como Tribunal de Casación en la materia, por los tribunales Superiores unipersonales y por los tribunales de primera instancia, conformados por tribunales de Mediación, Sustanciación, Juicio y Ejecución, reunidos en forma de circuito judicial, donde la función de mediación o sustanciación puede ser atribuidos a diferentes tribunales de primera instancia o a un mismo tribunal, lo que igualmente sucede con la ejecución, la cual puede ser atribuida a uno de ello o puede establecerse la creación de tribunal con dicha competencia, todo en los términos del artículo 175 que señala […] *Los Tribunales de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes se organizan en circuitos judiciales, de acuerdo con lo que determine la Dirección Ejecutiva de la Magistratura, la cual podrá crear más de un circuito judicial de protección de niños, niñas y adolescentes en una misma circunscripción judicial, cuando por razones de servicio sea necesario. Su organización y funcionamiento se rige por las disposiciones establecidas en esta Ley, en las leyes orgánicas correspondientes y en el Reglamento Interno de los Circuitos Judiciales de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes. En cada circuito judicial, los Tribunales de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes están constituidos en primera instancia por jueces o juezas de mediación y sustanciación y, jueces o juezas de juicio, y en segunda instancia, por jueces o juezas superiores. La Dirección Ejecutiva de la Magistratura determinará en cada circuito judicial, según las necesidades del servicio, si la ejecución*

corresponde a los jueces o juezas de mediación y sustanciación, a los jueces o juezas de juicio o, si es necesario crear jueces o juezas de ejecución en materia de protección de los niños, niñas y adolescentes. Así mismo, podrá separar la competencia de mediación y de sustanciación, atribuyendo a jueces o juezas de primera instancia del respectivo circuito judicial cada una de estas atribuciones."

El procedimiento ordinario en materia de niños, niñas y adolescentes comenzará previa demanda que puede ser presentada bien en forma oral o escrita, con o sin asistencia de abogados y que conforme a lo previsto en el artículo 456 deberá contener […] *a) Nombre, apellido y domicilio de la parte demandante y de la demandada. b) Si se demanda a una persona jurídica, los datos concernientes a su denominación, domicilio y los relativos al nombre y apellidos de cualquiera de sus representantes legales, estatuarios o judiciales. c) El objeto de la demanda, es decir, lo que se pide o reclama. d) Una narrativa resumida de los hechos en que se apoye la demanda. e) La dirección de la parte demandante y de la demandada y, de ser posible, su número telefónico y la dirección de correo electrónico. En caso de presentarse en forma oral, la demanda será reducida a un acta sucinta que comprenda los elementos esenciales ya mencionados. La parte actora debe presentar conjuntamente con la demanda los instrumentos fundamentales, esto es, aquellos de los cuales se derive inmediatamente el derecho deducido. Parágrafo Primero En la demanda de Obligación de Manutención se debe indicar la cantidad que se requiere y las necesidades del niño, niña o adolescente, y si fuera posible se señalará el sitio o lugar de trabajo del demandado o demandada, su profesión u oficio, una estimación de sus ingresos mensuales y anuales y su patrimonio. Parágrafo Segundo En la demanda para la fijación de un Régimen de Convivencia Familiar se debe indicar el Régimen de Convivencia Familiar propuesto. Parágrafo Tercero Cuando se modifiquen los supuestos conforme a los cuales se dictó una decisión sobre Responsabilidad de Crianza, Régimen de Convivencia Familiar u Obligación de Manutención, puede presentarse una nueva demanda de revisión y el juez o jueza decidirá lo conducente, siguiendo para ello el procedimiento previsto en el Capítulo IV del Título IV de esta Ley."* Obsérvese que la parte demandante tiene la carga de acompañar junto a su demanda los instrumentos fundamentales en que base su pretensión.

Presentada la demanda, el tribunal debe proceder a pronunciarse sobre su admisión en el lapso de tres (3) días de despacho, conforme a lo previsto en el artículo 10 del Código de Procedimiento Civil, ello por falta de regulación al respecto, procediendo a la admisión en caso que la misma no sea contraria al orden público, las buenas costumbres o alguna disposición expresa de la ley. Luego de la admisión, el tribunal podrá realizar el despacho saneador pertinente en caso de incumplimiento de alguno de los requisitos de la demanda, ordenando la corrección en el lapso de cinco días, todo lo que hará mediante auto motivado; pero debemos observar, la falta de precisión de la ley y concretamente para el caso de los instrumentos fundamentales, los cuales no dudamos en expresar que no pueden caer bajo el ámbito del despacho saneador, pues de no haberse acompañado o de haberse acompañado otros que a juicio del tribunal no fueran fundamentales, el pronunciamiento del tribunal involucraría la infracción de las reglas

de la carga probatoria, así como la calificación anticipada del carácter fundamental o no de la prueba, lo que debe ser resuelto en la sentencia definitiva, al poderse afectar el tema de la imparcialidad judicial.

En todo caso el auto de admisión de la demanda contendrá la orden de notificación de la parte demandada a fin de que comparezca al tribunal, para que se entere del día y hora que se fijará para la celebración de la audiencia preliminar –artículos 458 y 467- lo que se hará mediante auto expreso que deberá dictarse en el lapso de dos días de despacho siguientes a la constancia en autos de su citación, debiendo tener lugar la audiencia preliminar en un lapso no menor de cinco días ni mayor de diez, todo en los términos del artículo 457 que señala […] *En el auto de admisión debe ordenar la notificación de la parte demandada a fin de que comparezca ante el Tribunal. Dentro de los dos días siguientes a que conste en autos su notificación, el Tribunal de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes fijará mediante auto expreso, día y hora para que tenga lugar la audiencia preliminar, dentro de un plazo no menor de cinco días ni mayor de diez días."* Igualmente en el auto de admisión se ordenará la citación del Ministerio Público, en los casos señalados en la ley, como por ejemplo en materia de divorcio.

Llegada la oportunidad correspondiente tendrá lugar la audiencia preliminar, que en conforme a lo previsto en el artículo 468 de la Ley, tendrá lugar en dos momentos o fases a saber, la de mediación y la de sustanciación. La primera fase "de mediación" es de carácter privada y con la asistencia obligatoria de las partes o sus apoderados, aunque en esta fase concreta no es necesaria la asistencia técnica, todo en los términos del artículo 469 que señala […] *La fase de mediación de la audiencia preliminar es privada, con la asistencia obligatoria de las partes o sus apoderados y apoderadas. En los procedimientos relativos a Responsabilidad de Crianza, Obligación de Manutención y Régimen de Convivencia Familiar será obligatoria la presencia personal de las partes. En esta fase las partes podrán acudir sin la asistencia o representación de abogados o abogadas. Si una de ellas cuenta con asistencia o representación de abogado o abogada y la otra no, se le informará a esta última de su derecho a contar con asistencia o representación jurídica gratuita y, en caso de ser solicitada se suspenderá la audiencia preliminar y el juez o jueza debe designar un profesional que asuma la defensa técnica a los fines de continuar el proceso. En todos los casos, el juez o jueza de mediación y sustanciación debe oír la opinión del niño, niña o adolescente, pudiendo hacerlo en privado de resultar más conveniente a su situación personal y desarrollo. La fase de mediación de la audiencia preliminar no puede exceder de un mes, salvo acuerdo expreso de las partes. Las partes no quedan afectadas en el proceso de modo alguno por su conducta o señalamientos realizados durante la mediación."*.

La audiencia preliminar en esta fase que comentamos ante el juez de mediación o de mediación y sustanciación, según se ejerzan las dos funciones por un mismo órganos jurisdiccional o se divida, se llevará en sesiones previamente fijadas de común acuerdo por las partes o fijadas por el tribunal cuando eso no se pudiera, cuya finalidad es la avenencia de las partes y la terminación del proceso por vía amigable o de autocomposición procesal, fase que no excederá de un mes; en este sentido el artículo 470 expresa

que […] *Al inicio de la audiencia preliminar, el juez o jueza de mediación y sustanciación debe explicar a las partes en que consiste la mediación, su finalidad y conveniencia. La fase de mediación puede desarrollarse en sesiones previamente fijadas de común acuerdo entre las partes o, cuando ello fuere imposible, por el juez o jueza. El juez o jueza tiene la mayor autonomía en la dirección y desarrollo de la mediación, debiendo actuar con imparcialidad y confidencialidad. En tal sentido, podrá entrevistarse de forma conjunta o separada con las partes o sus apoderados y apoderadas, con o sin la presencia de sus abogados o abogadas. Asimismo, podrá solicitar los servicios auxiliares del equipo multidisciplinario del Tribunal para el mejor desarrollo de la mediación. La mediación puede concluir con un acuerdo total o parcial que homologará el juez o jueza de mediación y sustanciación, el cual se debe reducir en un acta y tendrá efecto de sentencia firme ejecutoriada. En caso de acuerdo total se pone fin al proceso. En caso de acuerdo parcial, se debe dejar constancia de tal hecho en un acta, especificando los asuntos en los cuales no hubo acuerdo y continuar el proceso en relación con éstos. En interés de los niños, niñas o adolescentes, el acuerdo puede versar sobre asuntos distintos a los contenidos en la demanda. El juez o jueza no homologará el acuerdo de mediación cuando vulnere los derechos de los niños niñas o adolescentes, trate sobre asuntos sobre los cuales no es posible la mediación o por estar referido a materias no disponibles. La mediación también puede concluir por haber transcurrido el tiempo máximo para ella o antes, si a criterio del juez o jueza resulta imposible. De estos hechos se debe dejar constancia en auto expreso y continuará el proceso."* Interesa destacar de la norma el señalamiento respecto a que el judicante actuará con toda "imparcialidad" lo que es un contrasentido con la finalidad de esta fase, pues siendo de mediación, lo lógico es que el juzgador actúe como un mediador, lo que se caracteriza por el hecho de poder emitir juicios de valor o parcialidad sobre la pretensión de alguna de las partes para convencer a la otra de su sinrazón y de la conveniencia de llegar a un acuerdo, hecho éste que precisamente lo diferencia del "conciliador" quien sí debe mantener una posición "imparcial" sin poder avanzar opinión ni emitir juicio de valor sobre la posición de alguna de las partes, pues su función es la de conciliar las posiciones encontradas sin asumir o identificarse con alguna. Lo dicho nos permite indicar que si bien la función de "mediador" es permitida en esta fase de mediación, pues en definitiva éste no será quien juzgue sobre el fondo por competerle al juez de juicio en caso de no acuerdo entre las partes y homologado por el tribunal, lo correcto es hacer caso omiso al tema de la imparcialidad para este acto de mediación, es decir, que si se trata de un mediador no podemos calificarlo de "imparcial" denominación que corresponde al "conciliador" como lo señalamos.

Por su parte el artículo 472 de la Ley trata el tema de la incomparecencia a la audiencia preliminar en fase de mediación, disponiendo que […] *Si la parte demandante no comparece personalmente o mediante apoderado o apoderada sin causa justificada a la fase de mediación de la audiencia preliminar se considera desistido el procedimiento, terminando el proceso mediante sentencia oral que se reducirá en un acta y debe publicarse en el mismo día. Este desistimiento extingue la instancia, pero la parte demandante no podrá volver a presentar su demanda antes que transcurra un mes. Si la parte demandada no comparece sin causa justificada a la fase de mediación de la audiencia*

preliminar, se presumen como ciertos hasta prueba en contrario, los hechos alegados por la parte demandante, excepto en aquellas materias en las cuales no procede la confesión ficta por su naturaleza o por previsión de la Ley, dándose por concluida la fase de mediación de la audiencia preliminar, dejando constancia de ello en un acta. No se considerará como comparecencia la presencia del apoderado o apoderada en aquellas causas en las cuales la Ley ordena la presencia personal de las partes."

En caso de no haber acuerdo entre las partes que homologado por el tribunal ponga fin al proceso, tendrá lugar el inicio de la fase de "sustanciación" para lo cual se fijará por auto expreso el día y la hora correspondiente para tal inicio, dentro de un lapso no menor de quince días ni mayor de veinticuatro contados a partir de que conste en autos o bien la conclusión de la fase de mediación, lo que también deberá ser mediante auto expreso dictado en el lapso del artículo 10 del Código de Procedimiento Civil, por falta de regulación, o bien la admisión para los casos donde no hay esta fase y que en los términos del artículo 471 serán en materia de adopción, la colocación familiar o entidad de atención e infracciones a la protección debida, casos en los cuales el juzgador deberá realizar directamente la fase de sustanciación de la audiencia preliminar.

Respecto al momento de la prueba tenemos, que conforme a lo previsto en el artículo 474 de la Ley, dentro de los diez días siguientes a que conste en autos la conclusión de la fase de mediación de la audiencia preliminar o la notificación de la parte demandado para los casos donde se prescinde de esta parte, el accionante tiene la carga de proponer sus pruebas mediante escrito, lapso éste donde el demandado por su parte debe presentar su escrito de contestación de la demanda lo que haré junto con el escrito de pruebas, lo que podrá hacerse en ambos casos en forma oral para ser educido en acta que se levante al efecto. En este sentido la norma expresa […] *Dentro de los diez días siguientes a que conste en autos la conclusión de la fase de mediación de la audiencia preliminar o la notificación de la parte demandada en los casos en los cuales no procede la mediación, la parte demandante debe consignar su escrito de pruebas. Dentro de este mismo lapso, la parte demandada debe consignar su escrito de contestación a la demanda junto con su escrito de pruebas. En ambos casos, el contenido de estos escritos puede presentarse en forma oral, siendo reducidos a un acta sucinta. Los escritos de pruebas deben indicar todos los medios probatorios con los que se cuente y aquellos que se requieran materializar, para demostrar la procedencia de los respectivos alegatos. Los primeros pueden ser consignados con el escrito de pruebas o en la audiencia preliminar. Los segundos deben ser preparados durante la audiencia preliminar o evacuados directamente en la audiencia de juicio, según su naturaleza. En la contestación de la demanda se puede reconvenir a la parte demandante, en cuyo caso la demanda reconvencional debe cumplir con los requisitos establecidos en este procedimiento para la demanda, pudiéndose presentar en forma escrita u oral, caso con el cual será reducida a un acta sucinta. Propuesta la reconvención, se debe admitir si la misma no fuera contraria al orden público, a la moral pública, o a alguna disposición expresa del ordenamiento jurídico. El juez o jueza debe ejercer el despacho saneador, caso en el cual admitirá la demanda y ordenará su corrección mediante*

auto motivado, indicando el plazo para ello, que en ningún caso puede exceder de cinco días. Admitida la reconvención debe contestarse la misma, en forma escrita u oral, dentro de los cinco días siguientes, adjuntando, si fuere el caso, el escrito de pruebas correspondiente. En estos casos, la fase de sustanciación de la audiencia preliminar se debe celebrar, dentro de un plazo no menor de cinco días ni mayor de diez días siguientes a aquél en que concluya el lapso para la contestación de la demanda reconvencional." Analicemos el contenido de la norma.

Como puede observarse claramente, en el mismo lapso legal tanto la parte actora debe proponer sus pruebas como el demandado contestar la demanda y proponer las suyas, circunstancia ésta anormal que coloca al demandante en una especie de desventaja al tener que proponer sus pruebas sin ni siquiera saber el contenido de la contestación de la demanda, sin conocer los hechos controvertidos y sin conocer la forma como en definitiva quedará distribuida la carga probatoria, lo que deja de manifiesto el sistema torticero a lo que nos tiene acostumbrada la Sala Social del Tribunal Supremo de Justicia, de donde provienen estas genialidades. Esta situación torticera producida por el legislador, conociendo la forma de litigio de nosotros los venezolanos donde como especie de juego de adivinanzas dejamos siempre la realización de los actos procesales para el último momento, con la simple intención de brindar a la contraparte menos tiempo para conocer nuestros argumentos y pruebas y poderse defender, traerá como consecuencia que tanto el escrito de pruebas del accionante como la contestación y las pruebas de la demandada se produzcan el último de los diez días señalados en la ley, ello –como indicamos- para no dar chance a la otra que puede conocer el contenido de los escrito y darle menos tiempo para prepararse; todo sin perjuicio que para el accionante resultará lógica producir sus pruebas luego de contestada la demanda, para poder conocer por vía consecuencial la forma como en definitiva quedó trabada la litis y las cargas probatorias que quedaron en su patrimonio procesal, lo que como indicamos resultará imposible si la contestación de produce el último día del lapso.

Pero observemos además que primeramente la norma impone a las partes la carga de presentar sus "escritos de prueba" esto es, de proponer o promover las pruebas, para luego señalar que en los mismos deberán "indicarse" todos los medios probatorios con que se cuenten y aquellos que se requieran materializar para la demostración de los hechos controvertidos, los primeros que podrán consignarse con el escrito de pruebas o en la audiencia preliminar. De lo señalado destacamos que en la forma como quedaría redactada la norma, más que una proposición con incorporación de pruebas, se trata de una "oferta" de pruebas que luego serán aportadas o incorporadas en la audiencia preliminar; pero además destaquemos que de tratarse efectivamente de una oferta, pues su producción sería en la audiencia preliminar nos preguntamos ¿en cual fase de la audiencia preliminar?, ¿en la audiencia de mediación o de sustanciación de la audiencia preliminar?

Avanzando con el procedimiento, contestada la demanda o promovidas u ofertadas las pruebas según se trate, en el día y hora que se señale tendrá lugar la fase de sustanciación de la audiencia preliminar, oportunidad que deberá ser fijada por auto expreso luego de vencido el lapso para contestar la demanda y producir pruebas, aunque la ley no lo haya señalado, lo que deberá hacerse en el lapso de tres días de despacho conforme al artículo 10 del Código de Procedimiento Civil. En estos términos señala el artículo 475 que […] *En el día y hora señalados por el Tribunal de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes tendrá lugar la fase de sustanciación de la audiencia preliminar, previo anuncio de la misma. Esta fase es pública, salvo las excepciones previstas en la ley, y la preside y dirige el juez o jueza de mediación y sustanciación, quien debe explicar a las partes la finalidad de la misma. El juez o jueza oirá las intervenciones de las partes, primero la parte demandante y luego la parte demandada, permitiéndose el debate entre ellas bajo su dirección. Sus intervenciones versarán sobre todas y cada una de las cuestiones formales, referidas o no a los presupuestos del proceso, que tengan vinculación con la existencia y validez de la relación jurídica procesal, especialmente para evitar quebrantamientos de orden público y violaciones a garantías constitucionales como el derecho a la defensa y a la Tutela judicial efectiva. Las observaciones de las partes deben comprender todos los vicios o situaciones que pudieran existir, so pena de no poder hacerlos valer posteriormente. El juez o jueza debe decidir en la misma audiencia todo lo conducente. En esta misma fase de sustanciación de la audiencia preliminar, una vez resueltas las observaciones del las partes sobre las cuestiones formales ya mencionadas, se deben ordenar las correcciones, los ajustes y proveimientos que sean necesarios, los cuales deben ser tramitados e implementados con la mayor diligencia y prontitud, sin que para ello se detenga el proceso, a menos que por efecto de lo decidido por el juez o jueza sea necesario llamar a terceros interesados indisolublemente en la causa. En este caso, el juez o jueza ordenará su emplazamiento, convocando a una nueva audiencia preliminar, que tendrá lugar el día y hora que indique el Tribunal de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes dentro de un plazo no menor de quince días ni mayor de veinte días siguientes a aquel en que conste en autos su notificación, todo ello a fin de que los terceros, como partes derivadas de la causa, puedan ejercer el mismo derecho que corresponde a las partes originarias del proceso."* Conforme a la norma en cuestión, la audiencia de sustanciación de esta audiencia preliminar tendrá fundamentalmente por objeto la discusión sobre las cuestiones formales, referidas o no a los presupuestos procesales para evitar el quebrantamiento del orden público y las infracciones al debido proceso y la tutela judicial efectiva, y aunque la norma señale que es ésta la oportunidad preclusiva para hacerlos valer, lo cierto es que por su carácter público y constitucional, aún cuando no fueran hechas valer en la audiencia de sustanciación, nada impide que no puedan ser propuestas en otro momento u observadas de oficio, vale decir, que en este tema no puede operar la mentada preclusión que pretende inconstitucionalmente imponer la norma; en todo caso, la decisión sobre el debate de los presupuesto procesales y los defectos formales del proceso, serán decididos por el juez de sustanciación en esa misma audiencia, sin que hubiese sido previsto en forma alguna la posibilidad de recursos, sea reclamo o queja en audiencia, apelación o replanteo ante el superior.

En todo caso, de tenerse que corregir algún presupuesto o defecto del proceso, se procederá a lo que la ley denominada "preparación de las pruebas" contenido en el artículo 476 que expresa […] *Una vez resueltos los aspectos señalados en el Artículo anterior, el juez o jueza debe revisar con las partes los medios de prueba indicados en los respectivos escritos, analizando los que hubieren sido consignados, así como aquellos con los que cuenten para ese momento. El juez o jueza debe decidir cuáles medios de prueba requieren ser materializados para demostrar sus alegatos, pudiendo verificar la idoneidad cualitativa y/o cuantitativa de los mismos, a fin de evitar su sobreabundancia y asegurar la eficacia respecto del objeto de la controversia o la necesidad de que sean promovidos otros. El juez o jueza debe ordenar la preparación de los medios de prueba que requieren materialización previa a la audiencia de juicio, convocando a las partes para los actos que se señalen, solicitando las experticias correspondientes u oficiando a las oficinas públicas o privadas, o a terceros extraños a la causa, la remisión de las informaciones necesarias o datos requeridos. Excepcionalmente, también puede comisionarse a otros tribunales que deban presenciar determinadas actuaciones probatorias de conformidad con su competencia territorial, cuando éstas sean imprescindibles para decidir la controversia. El juez o jueza puede ordenar, a petición de parte o de oficio, la preparación o evacuación de cualquier otra prueba que considere necesaria para el mejor esclarecimiento de la verdad. La fase de sustanciación de la audiencia preliminar puede prolongarse así cuantas veces sea necesario hasta agotar su objeto. Concluida la preparación de las pruebas, se da por finalizada la audiencia preliminar. En ningún caso, la fase de sustanciación de la audiencia preliminar debe exceder de tres meses. El juez o jueza debe dejar constancia en auto expreso de la terminación de la audiencia preliminar y remitirá el mismo día o al día siguiente el expediente al juez o jueza del juicio."* De la lectura de la norma en comento observamos que el juez deberá decidir cuales medios de prueba propuestos requerirán evacuación anticipada por su naturaleza y además deberá verificar la idoneidad "cuantitativa" y "cualitativa" de las mismas, esto es, la cualidad y cantidad de la prueba, lo que no tenemos ni las más mínima ideas a que se refiere esto; pero incluso, la misma norma indica que el juez también puede indicar la necesidad que sean promovidos otros medios probatorios, esto es, la determinancia de la insuficiencia probatoria con la indicación de la necesidad de producir nuevos medios probatorios. Luego, en primer lugar debemos destacar que y sin perjuicios de la mentada idoneidad "cuantitativa" y "cualitativa" de la prueba, el análisis de estos indeterminados y desconocidos aspecto como de otros requisitos de admisibilidad, han quedado en las manos de un juez de Sustanciación a quien no va dirigida la prueba y quien no se hace convencimiento, pues no será éste quien deba dictar sentencia de fondo; en segundo lugar, ni es éste el juez idóneo ni el momento procesal pertinente para que pueda establecerse o indicar la insuficiencia de los medios probatorios propuestos, pues para ello habrá que esperar la evacuación de las pruebas aportadas por las partes, lo que tendrá lugar en un estadio procesal posterior y ante un juez de Juicio; en tercero lugar diremos que la norma permite a petición de parte o de oficio la preparación o evacuación de cualquier prueba que sea considerada necesaria, para el mejor esclarecimiento de la verdad, lo que también es otro disparate si tomamos en

consideración –como hemos anotado- que el juez de Sustanciación no es el juez de decisión ni el que se hace un mejor convencimiento de la verdad, pues de ello se encargará el juez de Juicio, de tal manera que no dudamos en calificar de mediocre y torticero este sistema de procedimiento.

Pero para mayor entendimiento de las dimensiones torticeras de este sistema de procedimiento, concretamente de la norma en comento, teniendo en consideración que el tema de la prueba judicial ha sido constitucionalizado, lo que permite afirmar que resulta inaceptable que las leyes postconstitucionales no hagan previsión de tal tema, nos encontramos que no hubo regulación alguna de la oportunidad procesal para que las partes pudieran oponerse a la admisión de las pruebas propuestas por su contraria, de los motivos de oposición, del momento y requisitos de admisión, de la posibilidad de recurrir de la providenciación de las pruebas –recurribilidad-.

Siguiendo con el procedimiento, nos encontramos que una vez culminada la fase preliminar, el expediente será remitido por el juez de Sustanciación al juez de Juicio, quien mediante auto expreso deberá fijar el día y hora para que tenga lugar la audiencia de juicio, dentro de un lapso que no será menor de diez días ni mayor de veinte, luego de dicho auto. La señalada audiencia de juicio se hará en los términos del artículo 484 que señala […] *En el día y la hora señalados por el Tribunal de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes tendrá lugar la audiencia de juicio, previo anuncio de la misma. La audiencia de juicio es pública, salvo las excepciones previstas en la ley, y la presidirá y dirigirá el juez o jueza de juicio, quien explicará a las partes la finalidad de la misma. En los procedimientos relativos a Responsabilidad de Crianza, Obligación de Manutención y Régimen de Convivencia Familiar, es obligatoria la presencia personal de las partes. Las partes deben exponer oralmente sus alegatos contenidos en la demanda y en su contestación y no se admitirán nuevos alegatos, salvo aquellos que hayan surgido durante el proceso o, que a criterio del juez o jueza, sean anteriores al proceso pero no se tuvo conocimiento de ellos. No se permitirá a las partes la presentación o la lectura de escritos, salvo que se trate de alguna prueba existente en autos, a cuyo tenor deba referirse la exposición oral. Seguidamente se evacuarán las pruebas, comenzando con las de la demandante, en la forma y oportunidad que determine el juez o jueza. Evacuada la prueba, se concederá a la parte contraria un tiempo breve, para que haga oralmente las observaciones que considere oportunas. Las partes deben presentar los testigos que hubieren promovido en la audiencia preliminar, con su identificación correspondiente, los cuales deben comparecer sin necesidad de notificación, a fin que declaren oralmente ante el juez o jueza. Los dictámenes periciales se incorporarán previa lectura, la cual se limitará a las conclusiones de aquellos, estando los y las peritos obligados y obligadas a comparecer para cualquier aclaración que deba hacerse en relación con los mismos, pudiendo las partes y el juez o jueza interrogarlos. La prueba documental se incorporará mediante lectura total o parcial de los mismos por las partes o el juez o jueza. El juez o jueza debe conducir la prueba en búsqueda de la verdad, tendrá los poderes de conducción, corrección a las partes y podrá admitir o rechazar las preguntas si estimare que son inconducentes o impertinentes. Asimismo, podrá ordenar, a petición de parte o de oficio, la evacuación de cualquier otra prueba que considere necesaria para el mejor esclarecimiento de la verdad.*

Culminada la evacuación de las pruebas, se oirán las conclusiones de las partes, primero de la demandante y luego de la demandada. Seguidamente se oirá la opinión del niño, niña o adolescente, de forma privada o en presencia de las partes, pudiendo solicitar los servicios auxiliares del equipo multidisciplinario del tribunal si se estimare conveniente a su condición personal y desarrollo evolutivo. La audiencia de juicio puede prolongarse en el mismo día, una vez vencidas las horas de despacho, hasta que se agote el debate, con la aprobación del juez o jueza. En todo caso, si no fuere suficiente la audiencia fijada para agotar completamente el debate, ésta debe continuar al día siguiente y así cuantas veces sea necesario hasta agotarlo. Constituye causal de destitución del integrante del equipo multidisciplinario del Tribunal, su inasistencia sin causa justificada a la audiencia de juicio para la incorporación y aclaración de sus experticias." De la norma transcrita y respecto al tema que nos ocupa solo diremos que no hubo regulación alguna de la posibilidad de recursos en audiencia, queja o reclamos.

Finalmente y concluidas las actividades de la audiencia de juicio, se procederá a dictar la sentencia, todo en los términos del artículo 485 que expresa […] *Concluidas las actividades procesales en la audiencia de juicio, el juez o jueza se debe retirar de la audiencia por un tiempo que no debe exceder de sesenta minutos. Mientras tanto las partes deben permanecer en la sala de audiencias. El juez o jueza debe pronunciar su sentencia oralmente, expresando el dispositivo de fallo y una síntesis precisa y lacónica de los motivos de hecho y de derecho, la cual reducirá de inmediato, en cuanto a su dispositiva, a forma escrita. Si el juez o jueza no decide la causa inmediatamente, después de concluido el debate oral, éste deberá repetirse de nuevo, para lo cual se fijará nueva oportunidad. En casos excepcionales, por la complejidad del asunto debatido, por causas ajenas a su voluntad o de fuerza mayor, el juez o jueza puede diferir, por una sola vez, la oportunidad para dictar sentencia, por un lapso no mayor de cinco días, después de evacuadas las pruebas. En todo caso, deberá, por auto expreso, determinar el día y hora para el cual difirió el acto para sentenciar, a los fines de la comparecencia obligatoria de las partes a este acto. Dentro del lapso de cinco días siguientes al pronunciamiento oral de la sentencia, el juez o jueza debe en su publicación, reproducir el fallo completo, el cual se agregará a las actas, dejando constancia el secretario o secretaria, del día y hora de la consignación. El fallo será redactado en términos claros, precisos y lacónicos, sin necesidad de narrativa, ni transcripciones de actas, ni documentos que consten en el expediente; pero contendrá la identificación de las partes y sus apoderados y apoderadas, los motivos de hecho y derecho de la decisión, así como la determinación del objeto o la cosa sobre la cual recaiga su decisión, pudiendo ordenar, si fuere necesario, experticia complementaria del objeto, con único perito, el cual será designado por el juez o jueza. Los niños, niñas y adolescentes no serán condenados o condenadas en costas. Constituye causal de destitución el hecho de que el juez o jueza no decida la causa dentro de la oportunidad establecida en esta Ley."*

10. MOMENTO DE LA PRUEBA EN EL PROCEDIMIENTO AGRARIO.

El actual procedimiento agrario se encuentra recogido en la Ley de Tierras y Desarrollo Agrario de 29 de julio de 2010, publicada en Gaceta Oficial N° 5.991, siendo de corte oral y en consecuencia caracterizado

por los principios inmediación, concentración, contradicción, gratuidad, celeridad y brevedad a través del cual se tramitarán las controversias que se susciten entre particulares con motivo a las actividades agrarias, cuyo conocimiento corresponderá a los tribunales de jurisdicción agraria a que se refiere el artículo 197 de la Ley. En su caracterización como nos dice el recordado profesor y amigo Israel ARGÜELLO LANDAETA,[501] se ubica la humanización y socialización del proceso –derecho procesal social- coordinación de instituciones de otros derechos como civil, laboral, administrativo, igualdad y legalidad, plenitud judicial cuando la intervención judicial garantiza el derecho material o sustantivo que tiene el ciudadano, la tutela de los derechos agrarios y el carácter público del sistema procesal agrario, a lo que se suma el hecho de tratarse de un proceso no formalista, con un aumento de los poderes del judicante –nos dice el recordado amigo-.

Pero para tratar el tema de las pruebas en esta materia, se nos antoja previamente ubicarnos y repasar la composición y actos procesales por conducto del cual se lleva este procedimiento, que aún su carácter oral como es de suyo y en un sistema de procedimiento típico, atraviesa por las fases alegatoria, probatoria, decisorio, recursiva y de ejecución, las primeras con la inclusión de sendas audiencias orales –preliminar y probatoria u oral- donde se realizan actos propios de la fase alegatoria y probatoria, para la determinación del tema controvertido y la evacuación de la pruebas con bilateralidad.

Dicho esto comencemos con el momento de introducción de la causa o etapa alegatoria, a cuyo efecto y en los términos del artículo 199, el procedimiento oral agrario comienza por demanda que se interpondrá en forma oral o bien en forma escrita -lo que nos permite afirmar que se encuentra regido por el principio dispositivo- la cual deberá contener la identificación tanto del demandante como del demandado, el objeto de la pretensión, el cual deberá estar determinado con precisión, los motivos de hecho y de derecho en los cuales se base la pretensión, con las pertinentes conclusiones, circunstancia esta de la cual puede inferirse, que en materia de procedimiento agrario, el legislador atemperó de forma evidente, en comparación con las demás leyes que contemplan procedimientos orales, los requisitos que debe cumplir el accionante en su escrito libelar, lo que obedece a la simplificación de formalidades no esenciales o inútiles, pues del contenido de la norma en comento, queda de manifiesto que los requisitos exigidos son aquellos esenciales sin los cuales no podría deducirse la pretensión accionada.

Presentada la demanda, si la misma fuera obscura o ambigua, conforme a la disposición legal en estudio –artículo 199- por conducto de un despacho saneador, el operador de justicia podrá ordenar la corrección de la demanda, ordenando al pretensionante, bajo amenaza o apercibimiento, que corrija o

---

[501] Israel ARGÜELLO LANDAETA. Ejercicio de las pretensiones Agrarias Referidas a la Propiedad y la Posesión. Universidad Central de Venezuela. Serie Trabajo de Ascenso N° 2. Caracas, 2004, pp. 200 y ss.

subsane los defectos u omisiones que presentare el libelo, dentro del lapso de tres días de despacho siguientes. Pero como indicamos el legislador no fue tan exhaustivo en la fijación de los requisitos que debe contener el escrito libelar, de manera que el operador de justicia si observa que la demanda no contiene la identificación de las partes –demandante y demandado- la determinación precisa del objeto de la pretensión, así como los motivos de hecho y de derecho que sirven de fundamento del derecho en que se base la demanda, con las pertinentes conclusiones, o bien es oscura –que no sea lo suficientemente clara o entendible- o ambigua, podrá –por conducto del despacho saneador- ordenar la corrección de la demanda, corrección ésta que deberá realizar el accionante dentro de los tres días de despacho siguientes, bien a la orden emitida por el juzgador, la cual estará acompañada por la amenaza o apercibimiento, o bien a la notificación expresa o tácita del pretensionante, en el supuesto que la demanda no haya sido admitida en el lapso de ley, que ante la ausencia de previsión concreta debe operar los tres días del artículo 10 del Código de Procedimiento Civil. La no corrección de la demanda aparejará su inadmisión.

Interesa destacar que dispone el artículo 199 de la Ley que […] *El actor deberá acompañar con el libelo, toda la prueba documental de que disponga, que sirva como instrumento fundamental de su pretensión. En caso de promover testigos, deberá mencionar su nombre, apellido y domicilio, los cuales deberán deponer su testimonio en la audiencia oral o probatoria. Igualmente, podrá promover posiciones juradas. Ninguna de estas pruebas será admitida con posterioridad a este acto, a menos que se trate de documentos públicos y se indiquen en el libelo los datos de la oficina o lugar donde se encuentren...”*. Observemos que en cuanto a la prueba testimonial, el legislador utiliza la expresión "deberá", no exigiéndose la identificación del objeto de la prueba con la finalidad de determinar su legalidad, pertinencia, relevancia, conducencia o idoneidad y su licitud, como si sucede en erróneamente en otras leyes de la República que regulan procedimientos orales, pues en esta etapa procesal resulta imposible determinar el tema controvertido y que será objeto de la prueba, ya que aún no se ha producido la contestación de la demanda y no se saben cuales son los hechos que siguen teniendo el carácter de controvertido y cuales han quedado fuera del debate probatorio; pero la Ley de Tierras y Desarrollo Agrario obliga al accionante a identificar a los sujetos que deberán comparecer al proceso para deponer como testigos, sin lo cual, la prueba no será admitida, es decir, que si no se promueve o propone la prueba testimonial en el libelo de la demanda, luego no podrá proponerse, circunstancia esta por demás irregular, pues al no saberse en esa oportunidad –libelo de la demanda- cuales son los hechos controvertidos y qué conducta asumirá el demandado, podría suceder que con posterioridad a la contestación de la demanda, donde fueran expuestos los hechos de excepción, fuera necesario la proposición de testigos que no fueron propuestos en la demanda, argumentación ésta que nos permite afirmar que si con ocasión a la contestación de la demanda, se hace necesario la proposición de testigos diferentes a los propuestos en la demanda, en función de los derechos constitucionales de aportación de pruebas y de la defensa –

garantismo en materia probatoria- podrán proponerse en la etapa probatoria correspondiente, los testigos que no fueron promovidos en la demanda. Lo cierto es que salvo el caso particular o de excepción expresado, la prueba testimonial debe promoverla el accionante en el libelo de la demanda.

Corolario de lo anterior es que la no identificación del objeto de la prueba al momento de proponer las testimoniales en el libelo de la demanda, aparejará que con posterioridad, en la oportunidad de la audiencia preliminar se discutirá diferidamente la pertinencia, relevancia, legalidad, conducencia, idoneidad y licitud de la testifical propuesta en el escrito libelar, acto procesal que se realizará luego de la contestación de la demanda donde ya se ha producido la traba de la litis y se conoce el tema de la prueba judicial.

Pero también es proponible con el libelo de la demanda la prueba de posiciones juradas o confesión provocada, que no es de obligatoria proposición en este acto procesal, pues el legislador utilizó el término "podrá", lo cual facultad al accionante a proponerla o no en esta oportunidad, de manera que su proposición perfectamente puede en momentos diferentes al señalado, concretamente en el lapso de promoción de pruebas a que se refiere el artíuclo en cuestión podrá proponerse en el libelo de la demanda o en la audiencia preliminar artículo 220. En todo caso, de proponerse la prueba de posiciones juradas en el libelo de la demanda, no se exige la identificarse el objeto de la prueba, circunstancia esta que como se ha expresado resulta correcta, dado el estado procesal en que se encuentra la causa.

En este orden de ideas tenemos que en la demanda deberán proponerse todas las pruebas documentales –instrumentales- fundamentales de que disponga, sea esta pública –negocial o administrativa- o privada, así como la prueba testimonial sin lo cual no serán admitidas con posterioridad, salvo que para las documentales –instrumentales- pública negociales o administrativas, indique los datos de la oficina o lugar donde se encuentren y salvo el caso de la prueba testifical, donde con ocasión a la contestación de la demanda podrán proponerse para que depongan nuevos testigos no promovidos en el libelo de la demanda; igualmente, "podrá" proponerse o promoverse la prueba de posiciones juradas o confesión provocada.

Cumplidos los extremos legales o subsanados los defectos que pudiera tener la demanda, se procederá a la admisión de la misma ordenándose al efecto la citación de la parte demandada, para que comparezca dentro de los cinco días de despacho siguientes a la constancia en autos de su citación, a fin que de contestación a la demanda. Respecto a la citación, conforme a lo previsto en el artículo 201 de la Ley de Tierras y Desarrollo Agrario, deberá ser practicada por el alguacil del tribunal, dentro de los tres días de despacho siguientes al día en que conste en autos haberse librado la respectiva boleta de citación.

La demanda, conforme a lo previsto en el artículo 204 de la Ley de Tierras y Desarrollo Agrario, podrá ser reformada por una única vez y siempre que se produzca antes de la contestación de la demanda,

caso en el cual el operador de justicia deberá pronunciarse sobre su admisión en el lapso indicado en el artículo 10 del Código de Procedimiento Civil, dada la falta de regulación expresa.

Una vez que conste en autos la citación del demandando, este deberá producir su contestación dentro de los cinco días de despacho siguientes, la cual podrá realizarse en forma oral o escrita en los términos que nos indica el artículo 205 de la Ley Tierras y Desarrollo Agrario, acto procesal en el cual el demandado deberán expresar con claridad si contradice en todo o en parte la pretensión accionada, si conviene en ella total o parcialmente y las defensas perentorias que creyere conveniente excepcionar, todo ello a propósito que deberá determinarse con claridad los hechos invocados en el libelo que admite como ciertos y cuales niega o rechaza, sin lo cual se tendrán por admitidos aquellos hechos respecto a los cuales no apareciere contradicción o rechazo y siempre que no apareciere desvirtuados por ninguno de los elementos en el proceso, lo cual se traduce, en que los hechos sobre los cuales no hubo rechazo o contradicción expresa, se presumirán ciertos, salvo que de autos resulte o curse prueba en contrario. En este sentido dice la precitada norma que […] *Dentro del lapso de emplazamiento, el demandado contestará en forma oral la demanda, sin perjuicio de que ésta pueda ser formulada en forma escrita. Deberá expresar con claridad si contradice en todo o en parte la demanda, o si conviene en ella total o parcialmente, y las defensas perentorias que creyere conveniente alegar en su defensa. En su contestación, el demandado deberá determinar con claridad cual hecho invocado en el libelo admite como cierto y cual niega o rechaza, expresando así mismo lo que creyere conveniente alegar. De no ser así, se tendrán por admitidos aquellos hechos indicados en el libelo, respecto a los cuales al contestarse la demanda, no se hubieren desestimado, ni aparecieran desvirtuados por ninguno de los elementos en el proceso. En caso de contestación oral, el Juez ordenará que sea reducida a escrito en forma de acta, para ser agregada al expediente contentivo de la causa. La prueba documental, de testigos y las posiciones juradas, deberán ser promovidas en el acto de la contestación de la demanda. Ninguna de estas pruebas será admitida con posterioridad a este acto, a menos que se trate de documentos públicos y se halle indicado en el libelo, la oficina o lugar donde se encuentren."*

Respecto al tema probatorio se observa que en cuanto a la prueba documental –instrumental- y aún cuando la Ley guarda silencio al respecto, el demandado se encuentra obligado es a acompañar las instrumentales fundamentales de su excepción, es decir, aquellas que contengan la demostración de sus alegatos de excepción o de donde dimanen los mismos, de manera que aquellos instrumentos que no encuadren dentro de la calificación de fundamentales, deberán ser propuestos en la oportunidad de promoción de pruebas; de tratarse de una prueba documental –instrumental- pública fundamental, podrá excepcionalmente no acompañarse a la contestación de la demanda, siempre que se haya indicado en dicho escrito –contestación de la demanda- aún cuando erradamente la Ley señala expresamente *"...y se halle indicado en el libelo..."* la oficina o lugar donde se encuentre. Pero en tratándose de la prueba documental –instrumental- pública fundamental para el actor o para el demandado, la Ley permite que

excepcionalmente no se acompañe a la demanda o a la contestación, lo cual no se traduce en que no estén en la obligación de aportarlas al proceso, pues la excepción no es de no aportación de la prueba al proceso, sino en el libelo de la demanda o en la contestación, de donde se infiere que en la oportunidad de proposición de la prueba deberán aportarse dichas instrumentales.

En cuanto a la prueba testimonial, el legislador obliga a que el demandado la proponga en la oportunidad de la contestación de la demanda, sin que se requiera la identificación de los testigos, sus domicilios ni el objeto de la prueba, circunstancia esta última que se diferencia de lo que sucede cuando se trata del actor, pues en esta ocasión y para el demandado no es correcto, pues en esta oportunidad el demandado está -con su contestación- trabando la litis y determinando el tema controvertido, lo cual se traduce en que de él depende la determinación de los hechos controvertidos, motivo éste suficiente para obligarlo a identificar el objeto de la prueba, para así poder determinar su legalidad, pertinencia, relevancia, conducencia, idoneidad y licitud, lo que nos motiva a expresar que si el demando no identifica el objeto de la prueba testifical, la misma deberá ser declarada inadmisible por irregularidad en su proposición. Acertado es el criterio legislativo según el cual, de no proponerse la prueba testimonial en esta oportunidad –contestación de la demanda- no será admitida posteriormente, pues dependiendo del demandado la traba de la litis y la determinación del tema controvertido, éste tiene pleno conocimiento sobre los hechos y sobre las pruebas que necesitará para demostrar sus excepciones o para desvirtuar o destruir los hechos constitutivos del actor, por lo que si no propone la prueba testimonial en esa oportunidad, al no lesionarse ningún derecho constitucional –como si sucede en el caso del actor- no se le permitirá promoverla posteriormente. Por último y en relación a la prueba de confesión provocada o posiciones juradas, el operador legislativo obliga al demandado a proponerla o promoverla en la contestación de la demanda, circunstancia esta diferente a la posición del actor, quien se encuentre en ventaja, pues este no esta "obligado" a proponerla en el libelo de la demanda, sino que tiene la "posibilidad" de su proposición.

Pero junto con la contestación de fondo y en los términos del artículo 207 de la Ley de Tierras y Desarrollo Agrario, el demandado podrá oponer cuestiones previas, las cuales serán decididas antes de la fijación de la audiencia preliminar.

Verificada la contestación de la demanda, subsanadas o decididas como hayan sido las cuestiones previas, el tribunal fijará dentro de los tres días de despacho siguientes, el día y hora para que tenga lugar la audiencia preliminar, siempre que haya habido contestación de la demanda, pues de lo contrario no se celebrará la misma, todo en los términos del artículo 220 de la Ley Tierras y Desarrollo Agrario que señala […] *Verificada oportunamente la contestación de la demanda o subsanadas o decididas que hubieren sido las cuestiones previas propuestas, o contestada la reconvención, el tribunal fijará dentro de los tres (3) días de despacho siguientes, el día y*

la hora en que tendrá lugar la audiencia preliminar. No habrá lugar a la audiencia preliminar cuando el demandado no haya contestado la demanda y hubiere promovido pruebas dentro del lapso establecido en el artículo 227. En dicha audiencia cada parte podrá expresar si conviene en alguno o algunos de los hechos, determinando con claridad aquellos que consideren que han sido admitidos o han quedado probados en la demanda o en la contestación, así como los medios de pruebas que consideren impertinentes, ilegales o dilatorios. Igualmente, las partes señalarán las pruebas que se proponen aportar al debate oral.". En la audiencia preliminar y a través de las exposiciones orales que se hagan, cada parte deberá expresar si conviene en alguno o algunos de los hechos esbozados en la etapa alegatoria del proceso –libelo de la demanda y contestación- determinado con claridad aquellos que considere que han sido admitidos o han quedado probados en la demanda y en la contestación; igualmente podrán oponerse a la admisión de las pruebas propuestas en la demanda y en su contestación, bien sean por impertinentes, ilegales o dilatorias, y aunque el legislador de tierras sólo haya mencionado como causas de inadmisiblidad de los medios probatorios la impertinencia y la ilegalidad, en base al sistema garantista que envuelve el tema de la prueba judicial, deben controlarse los elementos de irrelevancia, inconducencia o inidoneidad, ilicitud y extemporaneidad; respecto a las pruebas denominadas en la Ley "dilatorias", se nos antoja que se trata de pruebas irrelevantes, esto es, que aún materializándose, nada aportan a la solución de la controversia, pues solo tienden a dilatar o retardar el proceso, de manera que la prueba irrelevante y dilatoria, es la misma. Terminada indicando la norma transcrita que […] *Igualmente, las partes señalarán las pruebas que se proponen aportar al debate oral."*, lo que no es más que una oferta de pruebas que no involucra su proposición, pues como veremos, el juez luego de celebrada la audiencia preliminar, abrirá el lapso de promoción de pruebas.

Celebrada la audiencia preliminar y en los términos del artículo 221, el tribunal mediante auto razonado que deberá dictar en un lapso de tres días siguientes por aplicación del artículo 10 del Código de Procedimiento Civil, deberá realizar la fijación de los hechos –tema controvertido- determinando los límites dentro de los cuales quedó trabada la relación sustancial controvertida y abriendo el proceso a pruebas para proponerlas por un lapso de cinco días de despacho, las cuales teóricamente se referirán a aquellas diferentes a los que debieron proponerse en el acto de la demanda y la contestación en los términos que hemos visto y al vencerse este lapso de proposición de pruebas, el tribunal deberá providenciarlas mediante auto expreso que también debe producirse en el lapso de tres días de despacho por aplicación del artículo 10 del Código de Procedimiento Civil, pronunciamiento que no solo comprenderá las propuestas en esta oportunidad, sino por lógica, las producidas en la demanda y en la contestación. También ordenará la evacuación de aquellas pruebas que por su naturaleza y para no romper con el principio de concentración que rige la audiencia oral o probatoria, requieran ser materializadas para su discusión oral en la precitada audiencia. En estos términos el precitado artículo señala que […] *El*

tribunal, por auto razonado, hará la fijación de los hechos y de los límites dentro de los cuales quedo trabada la relación sustancial controvertida, fijando un lapso dentro del cual se deberán evacuar las pruebas que por su complejidad o naturaleza no puedan evacuarse en la audiencia probatoria; todo esto sin perjuicio de que las partes no hubiesen concurrido a la audiencia preliminar. Igualmente, abrirá el lapso probatorio de cinco (5) días para promover pruebas sobre el mérito de la causa. Al día siguiente del vencimiento del lapso, el juez deberá pronunciarse mediante auto, sobre la admisión de las pruebas, fijando el lapso para la evacuación de las que se practicarán antes del debate o audiencia oral, teniendo en cuenta la complejidad de las mismas. En ningún caso el lapso de evacuación de las pruebas podrá exceder de treinta (30) días continuos."

Pero nos preguntamos **¿Cuál es el lapso de oposición a las pruebas promovidas en el lapso de proposición a que se refiere el artículo 221?** La respuesta no se ubica en la Ley, es decir, no se reguló lapso alguno, lo que nos permitirá sugerir en aplicación de un criterio garantista de la prueba judicial como derecho constitucionalizado, que deberá aplicarse analógicamente el lapso ordinario civil de tres días, sin perjuicio del criterio que la oposición pueda producirse en cualquier momento antes de su providenciación, la cual y aunque tampoco fue previsto, por aplicación del mismo sistema garantista, puede ser recurrida.

Siguiendo con el procedimiento encontramos que conforme a lo previsto en el artículo 222 de la Ley de Tierras y Desarrollo Agrario, verificada como haya sido la audiencia preliminar y habiéndose evacuado las pruebas ordenadas en la misma, dentro de los quince días de calendario siguientes, a la fecha y hora que se determine tendrá lugar la audiencia oral probatoria, la cual estará presidida por el operador de justicia en presencia de las partes o de sus apoderados. La inasistencia de las partes a la audiencia oral de pruebas, traerá como consecuencia la extinción del proceso, produciéndose los efectos del artículo 271 del Código de Procedimiento Civil; en tanto que si una sola de las partes es la que comparece a la audiencia de pruebas, se oirá su exposición y se practicarán o evacuarán las pruebas que le hayan sido admitidas, sin que se evacuen las pruebas de la parte que no compareció, tal como lo norma el artículo 223 de la Ley de Tierras y Desarrollo Agrario.

En la audiencia probatoria o de pruebas, cada parte tendrá la oportunidad de exponer oralmente sus extremos de hecho, acto seguido del cual, presentarán sus pruebas, destacándose que en esta audiencia no se les permitirá a las partes la lectura de escritos, salvo el caso de la prueba instrumental, mal denominada por la ley "instrumental documental" que constituya un medio de prueba existente en autos, a cuyo tenor debe referirse la exposición oral. En este sentido señala el artículo 224 que […] *Previa una breve exposición oral, tanto del actor como del demandado, se recibirán las pruebas de ambas partes. En esta audiencia no se permitirá a las mismas, ni la presentación, ni la lectura de escritos, salvo que se trate de algún instrumento documental que constituya un medio de prueba existente en los autos a cuyo tenor deba referirse la exposición oral, o se traten de datos de difícil recordación."*

La evacuación de las pruebas se hará en la audiencia oral de pruebas, salvo que por su naturaleza, requieran ser evacuadas en forma anticipada, caso en el cual, deberán ser tratadas oralmente en la audiencia de pruebas, sin lo cual no tendrán valor probatorio alguno. En esta oportunidad procesal, una vez tratada por la parte sus pruebas, la otra tendrá la oportunidad de controlar la misma, así como de hacerles las observaciones que a bien tenga, bien sobre el resultado o mérito de la misma. De tratarse de la prueba de experticia –la cual por demás se realizará por un solo experto- e inspección judicial que por su naturaleza tuvieron que materializarse anticipadamente –antes de la audiencia probatoria- en el primero de los casos, el experto deberá comparecer a la audiencia de pruebas a los fines que realicen sus exposiciones y conclusiones; en tanto que de tratarse de la prueba de inspección judicial, la misma deberá ser tratada oralmente en la audiencia correspondiente, a los fines que se realice su control y observaciones. También el operador de justicia agrario, podrá solicitar asesoramiento técnico con el objeto de requerir dictámenes a funcionarios expertos, sin carácter vinculante. Respecto a la prueba testimonial que haya sido propuesta y admitida, su evacuación se realizará en la audiencia probatoria, teniendo el proponente la carga de llevar al testigo a la audiencia, a los fines que deponga sobre los hechos controvertidos, sin necesidad de citación previa. Si la prueba propuesta fue la de confesión provocada o posiciones juradas, esta se evacuará en la audiencia probatoria. De esta manera el artículo 225 de la Ley nos dice […] *Las pruebas se evacuarán en el debate oral, salvo que por su naturaleza deban evacuarse en forma anticipada. Las pruebas evacuadas fuera de la audiencia de pruebas carecen de valor probatorio si no son tratadas oralmente en el debate. La parte promovente tratará verbalmente de las pruebas promovidas pudiendo la parte contraria hacer todas las observaciones pertinentes sobre el resultado o mérito de la misma. El Juez podrá interrogar a los testigos, a los expertos y a las propias partes en el debate probatorio, pudiendo igualmente en caso de formulación de posiciones juradas, de repreguntas de los testigos, de observaciones de los expertos o de cualquier otra prueba, hacer cesar las observaciones de la parte contraria. En la audiencia oral se evacuarán los testigos, se absolverán posiciones juradas y el reconocimiento de documentos. Las partes deben presentar a los testigos sin necesidad de citación previa. En caso de absolución de posiciones juradas, debe haberse citado previamente al absolvente. Se levantará acta de las resultas de la audiencia probatoria, dejándose un registro o grabación de la audiencia por cualquier medio técnico de reproducción o grabación. Si no se concluye con la evacuación de las pruebas, el Juez fijará otra oportunidad para que continué la audiencia oral, bien sea oficiosamente o a solicitud de parte y así cuantas audiencias sean necesarias hasta agotar el debate probatorio."*

La norma en cuestión debe concatenarse con el contenido del artículo 188 que señala […] *La causa se sustanciará oralmente en audiencia o debate. Las pruebas se evacuarán por los interesados en el debate oral, salvo que por su naturaleza deban practicarse fuera de la audiencia. En este caso, la parte promovente de la prueba tratará oralmente de ella en la audiencia y la parte contraria podrá hacer al tribunal todas las observaciones que considere pertinentes sobre el mérito de la misma. Si la prueba practicada fuera de la audiencia es la de experticia, se oirán en el debate oral las*

exposiciones y conclusiones orales de los expertos y las observaciones que formulen las partes, sin lo cual la prueba carecerá de eficacia y será desestimada por el juez. Las experticias judiciales las ejecutará un solo experto designado por el juez, quien fijará un plazo breve para la realización de la misma. El juez podrá hacer los interrogatorios que considere necesarios a las partes, a los testigos y a los peritos, en la audiencia o debate oral."

En materia de dirección de debate, el juez agrario podrá hacer los interrogatorios que considere necesarios a las partes, testigos y peritos; igualmente en caso de posiciones juradas o confesión provocada, de repreguntas a testigos, observaciones a los expertos o de cualquier otra prueba, hacer cesar las observaciones de la parte contraria. De los interrogatorios a las partes si la respuesta obtenida es desfavorable a sus intereses o favorables a los intereses de la otra parte y se trata de hecho propios o personales, estaremos en presencia de una confesión judicial voluntaria; pero en caso de negativa o evasiva a contestar, estaremos en presencia de una conducta procesal de la parte que pudiera tomarse como indicio.

Una vez concluido el debate en la audiencia probatoria, el operador de justicia deberá en un tiempo perentorio, pronunciar el dispositivo del fallo, con una síntesis precisa y lacónica de los motivos de hecho y de derecho en que funda su decisión, sin necesidad de narrativa ni de transcripciones de actas o documentos, debiendo dictar la sentencia escrita en forma completa, dentro de los diez días siguientes a la finalización de la audiencia probatoria. Este fallo deberá contener los requisitos a que se refiere el artículo 243 del Código de Procedimiento Civil, tal como lo indica el artículo 227 de la Ley de Tierras y Desarrollo Agrario.

Sin perjuicio de la actividad probatoria de parte señalada, conforme a lo previsto en el artículo 191 de la Ley de Tierras y Desarrollo Agrario, el juez agrario tiene la plena facultad para decretar providencias o autos tendentes a esclarecer y aligerar de oficio los trámites y actuaciones de prueba. También podrá ordenar de oficio la evacuación de pruebas que hayan sido promovidas por las partes y no hubiesen sido evacuadas –artículo 192-.

11. MOMENTO DE LA PRUEBA EN EL PROCEDIMIENTO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO.

De manera inédita en nuestra historia republicana y hoy no tan democrática, en fecha 22 de junio de 2010, publica en Gaceta Oficial N° 39.451, se promulga la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, que conforme a lo previsto en el artículo 1° tendrá por objeto regular la organización, funcionamiento y competencia de los órganos de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, que fue constitucionalizada en la Constitución de 1961, órganos que se regirán por los principios de gratuidad,

accesibilidad, imparcialidad, idoneidad, transparencia, autonomía, independencia, responsabilidad, brevedad, oralidad, publicidad, celeridad e inmediación –artículo 2-.

La Ley regula la competencia de los órganos de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, creándose toda una rama competencial especializada conformada por la Sala Politico-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia a la cabeza, seguida en orden descendente por los Juzgados Nacionales, Juzgados Superiores y de Municipio todos de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, sumado a la jurisdicción especial tributaria que forma parte de la contencioso-administrativa –artículo 11 y 12-.

Respecto al tema procedimental, se regulan las demandas de contenido patrimonial –artículo 56 y siguientes- y las de contenido no patrimonial tramitables por el procedimiento breve cuando se relacionen con reclamos por la omisión, demora o deficiente prestación de los servicios públicos, vías de hecho y abstención; igualmente se regula un procedimiento común para las demandas de nulidad, interpretación y controversias administrativas

En cuanto a los **procedimientos de contenido patrimonial**, comencemos diciendo que conforme al contenido del artículo 33.6 de la Ley en comento, el demandante deberá acompañar los instrumentos fundamentales de los cuales se derive la pretensión deducida y luego de producirse la admisión y constando en autos la citación correspondiente del demandado, conforme al artículo 57 a la hora que se fije del décimo día de despacho siguiente tendrá lugar la audiencia preliminar, donde el judicante podrá resolver los defectos de procedimiento –presupuestos procesales- de oficio o a petición de parte y donde el demandado deberá expresar con claridad si conviene en los hechos en que se fundamente la pretensión del demandante, a los efectos de la correspondiente fijación del tema controvertido, teniendo la carga en ese momento ambas partes de promover los medios de prueba que sustenten sus afirmaciones o negaciones. En este sentido la última de las normas citadas indica que […] *La audiencia preliminar tendrá lugar al décimo día de despacho siguiente a la hora que fije el tribunal. Dicha audiencia será oral, con la asistencia de las partes. En este acto, el Juez o Jueza podrá resolver los defectos del procedimiento, de oficio o a instancia de parte, lo cual hará constar en acta. El demandado deberá expresar con claridad si conviene los hechos alegados por la contraparte, a fin de que el Juez o Jueza pueda fijar con precisión los controvertidos. En esta oportunidad, las partes deberán promover los medios de prueba que sustenten sus afirmaciones."*

Celebrada la audiencia preliminar, la contestación de la demanda tendrá lugar en forma escrita dentro de los diez (10) días de despacho siguientes, donde el demandado deberá promover los "documentos probatorios" tal como lo indica el artículo 61 que señala […] *La contestación deberá realizarse por escrito dentro de los diez días siguientes a la celebración de la audiencia preliminar, y deberán presentarse los documentos probatorios. Para las actuaciones posteriores se dejará transcurrir íntegramente el lapso previsto en este artículo*." Vencido el lapso de contestación de la demanda, quedará abierto de pleno derecho un lapso de cinco (5) días de

despacho para que las partes presenten sus escritos de prueba y dentro de los tres (3) días de despacho siguientes a la presentación de dichos escritos –*rectius*: vencimiento del lapso de promoción de pruebas, por aplicación del principio de preclusión que garantiza certeza judicial- las partes podrán expresar si convienen en algún hecho u oponerse a la admisión de las pruebas promovidas que aparezcan manifiestamente ilegales o impertinentes, debiendo el tribunal pronunciarse sobre su admisión en el lapso de tres (3) días de despacho siguientes al vencimiento del lapso anterior, todo en los términos del artículo 62 que indica […] *Dentro de los cinco días de despacho siguientes al vencimiento del lapso previsto en el artículo anterior, las partes presentarán sus escritos de pruebas. Dentro de los tres días siguientes a la presentación de los escritos de pruebas, las partes podrán expresar si convienen en algún hecho u oponerse a las pruebas que aparezcan manifiestamente ilegales o impertinentes. Vencido el lapso anterior, dentro de los tres días de despacho siguientes al vencimiento del referido lapso, el Juez o Jueza admitirá las pruebas que no sean manifiestamente ilegales, impertinentes o inconducentes y ordenará evacuar los medios que lo requieran, para lo cual se dispondrá de diez días de despacho, prorrogables a instancia de parte por diez días más. Cuando las partes sólo promuevan medios de prueba que no requieran evacuación, se suprimirá el lapso previsto para tal fin.”*

Finalizado el lapso de evacuación de pruebas, conforme al artículo 63 dentro de los cinco (5) días de despacho siguientes, el tribunal fijará la oportunidad para la celebración de la audiencia conclusiva y terminada la misma, el juez dispondrá de un lapso de treinta (30) días continuos para dictar la sentencia, lapso que podrá diferirse justificadamente por un tiempo igual.

Hecho un breve recorrido por el procedimiento de carácter patrimonial que regula la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, y para tratar el tema del momento probatorio, comencemos diciendo que lamentablemente estamos en presencia de un adefesio de ley, que respecto al tema probatorio resulta errático y torticero, pues como podemos apreciar conforme al contenido del artículo 57, al momento de celebrarse la audiencia preliminar se impone a las partes la carga de aportas los medios probatorios que sustenten sus afirmaciones, pero luego el artículo 61 que trata el tema de la contestación de la demanda, impone al demandado la carga de aportar los “documentos probatorios” sin indicar si se trata de los fundamentales en que se sostenga la excepción del demandado y si se trata de cualquier prueba documental sea o no fundamental; finalmente el artículo 62 regula un lapso de cinco (5) días para la promoción de pruebas, de donde podemos apreciar que en este procedimiento de contenido patrimonial se previó tres oportunidades diferentes para la promoción de las pruebas lo que resulta un verdadero y lamentable disparate producto de la improvisación y la ignorancia típica y acostumbrada de nuestro codificadores.

Respecto a la oportunidad de promoción de pruebas en la audiencia preliminar conforme al artículo 57, resulta errática la previsión legal, cuando precisamente para ese momento procesal no se ha

producido la contestación de la demanda y no se ha trabado consecuencialmente la litis, lo que impide conocer el tema controvertido y la forma cómo quedaría distribuida la carga probatoria, tal como ocurre por ejemplo en el sistema de procedimiento laboral, que conduce a que se tenga que promover –respecto al demandante- las pruebas a ciegas y con la posibilidad que las mismas sobrevenidamente sean inadmisibles por impertinentes o irrelevantes al haberse aceptado o admitido los hechos que querían acreditarse por dichos medios, como consecuencia de la conducta que asuma el demandado al contestar la demanda, a lo que sumamos el hecho de la imposibilidad de identificar el objeto de la prueba cuando y como dijimos, no se saben cuales son los hechos controvertidos. En cuanto a la promoción de las pruebas para el demandado en la contestación de la demanda a que se refiere el artículo 61, como indicamos se refiere a los "documentos probatorios" que sin perjuicio de no indicar si son o no los fundamentales, de los que se dispongan o no para ese momento, resulta un contrasentido que se exija su presentación cuando en un momento anterior como lo fue la audiencia preliminar, se imponía la carga a las partes de promover las pruebas que por lógica incluye a la documental. A todo ello sumemos el hecho que luego de vencido el lapso de contestación de la demanda, quedará abierto un lapso de promoción de pruebas cuando –insistimos- el propio legislador impuso la carga de la promoción de pruebas en la audiencia preliminar, de manera que en teoría este lapso probatorio sería absurdo e inútil.

Sin perjuicio de lo dicho lo cierto es que el artículo 62 regula un lapso de promoción de pruebas de cinco (5) días de despacho siguientes al vencimiento del lapso de contestación de la demanda, donde las partes deben desplegar la actividad probatoria y promover los medios que llevarán al proceso las fuentes que sirvan para la verificación de los hechos por comparación con las afirmaciones contenidas en la demanda y en la contestación y que sirvan para la convicción o certeza judicial. Inmediatamente la precitada norma indica que […] *Dentro de los tres días siguientes a la presentación de los escritos de pruebas, las partes podrán expresar si convienen en algún hecho u oponerse a las pruebas que aparezcan manifiestamente ilegales o impertinentes."*, redacción confusa que pudiera conducir a interpretar que el lapso de promoción de pruebas no debe dejarse transcurrir íntegramente, lo que es lesivo del principio de preclusión procesal y que genera inseguridad, de manera que el lapso de promoción de pruebas debe dejarse transcurrir íntegramente para que comience a computarse el lapso de tres (3) días de despacho para que as partes, bien estipulen o convengan sobre los hechos o para que se opongan a los medios probatorios promovidos, lo que podrán hacer cuando aparezcan manifiestamente ilegales o impertinentes, aún cuando también pueden hacerse valer motivos de orden público como la relevancia, licitud, tempestividad, idoneidad o conducencia y la regularidad en su promoción.

Vencido el lapso de convenimiento u oposición sobre los medios de prueba promovidos, el tribunal dispondrá de un lapso de tres (3) días de despacho para providenciar las pruebas, debiendo

analizar los precitados requisitos de admisibilidad -legalidad, licitud, relevancia, pertinencia, idoneidad o conducencia, tempestividad y regularidad- y aunque no lo indique la ley, dicho proveimiento será recurrible al tratarse de uno de los aspectos que se ubican en el derecho constitucional de acceso al sistema probatorio, a cuyo efecto deberá aplicarse el contenido del artículo 402 del Código de procedimiento Civil, admitiéndose la apelación bien en caso de admisión o negativa de admisión de medios probatorios en un solo efecto, siguiéndose ante la alzada el procedimiento previsto en los artículos 88 y siguientes de la Ley especial.

Para continuar el análisis del sistema probatorio en el procedimiento contencioso administrativo de contenido patrimonial, debemos destacar que conforme al artículo 257 constitucional, los sistemas de procedimiento que adopten nuestras leyes deben ser de carácter o corte oral, donde imperan los principios de inmediación, concentración, publicidad, contradicción o bilateralidad y gratuidad, de manera que resulta fundamental la regulación de una audiencia oral y pública de evacuación de medios probatorios donde las partes puedan con bilateralidad contradecir los medios probatorios y las fuentes, donde la única prueba que puede servir para la convicción judicial, será aquella formada en la precitada audiencia, de manera que y salvo la anticipación de medios probatorios como sucede en el caso penal, ningún medio probatorio evacuado fuera de la audiencia es capaz de servir para el establecimiento o verificación de los hechos, lo que en otras palabras se traduce en la inexistencia de medios probatorios exentos de evacuación en la audiencia, como sucede en materia de prueba documental en los procesos civiles escritos.

Dicho esto y remitiéndonos al contenido del procedimiento en comento, observamos un profundo desconocimiento por parte de nuestros legisladores respecto a la forma de desarrollo de los procedimientos orales, especialmente cuando debe entenderse que el acto más importante y trascendental del mismo es la audiencia pública y oral de juicio o probatoria, donde se forma la prueba y se debate el asunto en bilateralidad o contradicción, ya que en los términos del artículo 62, no solo inexiste una audiencia oral pública y probatoria donde se evacuen los medios, aporten las fuentes y se forme la prueba, para lo cual sólo se previó un lapso de evacuación como si del sistema escrito civil se tratara, sino que además se previó la posibilidad de existir medios probatorios que no requieran evacuación –pensamos que se trata de instrumentales- al señalarse […] *Vencido el lapso anterior, dentro de los tres días de despacho siguientes al vencimiento del referido lapso, el Juez o Jueza admitirá las pruebas que no sean manifiestamente ilegales, impertinentes o inconducentes y ordenará evacuar los medios que lo requieran, para lo cual se dispondrá de diez días de despacho, prorrogables a instancia de parte por diez días más. Cuando las partes sólo promuevan medios de prueba que no requieran evacuación, se suprimirá el lapso previsto para tal fin."* Como expresamos se trata de otro típico caso de ignorancia respecto al sistema de procedimiento oral y al tratamiento de la prueba en los mismos, pues y respecto a la oralidad, la misma sólo fue regulada en los procedimientos de corte patrimonial para la audiencia preliminar y para

la audiencia conclusiva, dejándose por fuera el momento más importante como lo es la audiencia oral, pública y probatoria, lo que en definitiva echa por tierra toda la regulación de principios contenidos en el artículo 2 de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso administrativa y desconoce el contenido del artículo 257 constitucional.

Sobre el sistema probatorio en las demandas de contenido patrimonial el respetado profesor José Gregorio SILVA BOCANEY, al referirse a los distintos momento de la promoción de la prueba, especialmente respecto a los medios de prueba que deben proponerse en la audiencia preliminar, expresa que […] *Al contrario lejos de considerarlo en lo personal, momentos distintos para promover pruebas que afecten al fondo, considero que siendo dicha audiencia la oportunidad de resolver los defectos del proceso y siendo, que aún tratándose de demandas de contenido patrimonial no existen otras formas de depuración como puede ser las cuestiones previas en el proceso civil ordinario, las pruebas que pueden consignarse son las referidas a esa depuración que puedan presentar las partes en el proceso, y que el juez puede resolver de oficio o a petición de parte en la misma audiencia, sin perjuicio que sean resueltas en la decisión de fondo. Así, las pruebas que atienden al fondo de la discusión podrán promoverse luego de la contestación de la demanda, una vez sea trabada efectivamente la litis*." Al respecto y sin perjuicio que el artículo 57 no hace diferenciación si las pruebas que deben promoverse son o no las de fondo, si son únicamente las referidas a los defectos de procedimientos –presupuestos procesales- nos parece acertado el enfoque que al respecto hace el profesor en comento, lo que permite justificar la torticera regulación legal y la ignorancia del legislador en esta materia, de manera que nos adherimos a la postura de SILVA BOCANEY como una fórmula viable que justificaría el contenido normativo, aún cuando en puridad de verdad se trata de una torpeza del legislador.

Sigue señalando el precitado profesor que […] *Sin embargo, y pese a lo anteriormente expuesto, si en razón de la deficiente redacción de la Ley, alguna parte promoviere pruebas en la oportunidad de la audiencia preliminar de conformidad con la interpretación meramente literal del artículo 57 L.O.J.C.A., considero pertinente que dicha prueba se mantuviera en reserva del secretario del tribunal, hasta la oportunidad de la promoción a que alude el artículo 62 ejusdem, a los fines de evitar en lo posible, otorgar alguna ventaja indebida a alguna de las partes*." Al respecto nos separamos del criterio expuesto que acoge el sistema de procedimiento civil ordinario escrito, el cual en puridad de verdad no tiene justificación alguna en cuanto al hecho de la reserva de las pruebas hasta el vencimiento del lapso de promoción de pruebas, pues en definitiva tarde o temprano las partes tendrán conocimiento sobre los medios de prueba propuesto y podrán oponerse a las mismas, incluso y como lo hemos expuesto en otro momento, en un sistema constitucional y garantista una vez promovidas las pruebas en vez de reservarse, las mismas deberían ser agregadas inmediatamente al expediente para que las partes tuvieran conocimiento de ellas y estando todavía dentro del lapso, pudieran promover nuevos medios probatorios, lo que en nada afectaría el derecho de oposición que se ejercería en un lapso posterior al

vencimiento de la promoción y que tampoco afectaría la actividad del órgano jurisdiccional, ni siquiera recargándolo de trabajo, ya que la providenciación de las pruebas tendrá lugar en un momento posterior al vencimiento del lapso de convenimiento u oposición a los medios de prueba. En este orden de ideas no vemos cual es la ventaja indebida a alguna de las partes a que se refiere SILVA BOCANEY, cuando al final siempre ellas van a tener conocimiento sobre el contenido de los medios probatorios, especialmente cuando el sistema de procedimiento oral se rige por el principio de publicidad.

Por último nos dice el precitado profesor que […] *Obsérvese que incluye la noción de inconducencia como causal de inadmisión de las pruebas, lo cual generalmente corresponde a una noción de valoración de la prueba más que a una causal de inadmisibilidad, entendiendo la inconducencia cuando la prueba promovida no consigue probar lo buscado. No se trata de la relación entre lo que se trata de probar y el medio probatorio que atiende más a la noción de pertinencia, sino que la prueba pueda llevarse a esa convicción…".* También manifestamos nuestro apartamiento sobre el tema planteado, pues la inconducencia o inidoneidad del medio probatorio que se refiere a que el medio no sirva para acreditar la fuente por requerir ésta un medio determinado, junto con la ilegalidad, impertinencia, irrelevancia, ilicitud, tempestividad y la regularidad en la promoción de las pruebas, son requisitos no de procedencia o de valoración de la prueba sino de admisibilidad para darle entrada a los medios y producir su andamiento, lo que en nada se conecta con la valoración de las pruebas; y respecto a la pertinencia, se trata de la demostración de hechos debatidos o controvertidos y que no estén exentos de prueba, no como lo indica el precitado profesor al señalar […]*No se trata de la relación entre lo que se trata de probar y el medio probatorio que atiende más a la noción de pertinencia…".*[502]

Siguiendo con el análisis de los procedimientos regulados en la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, se regula en denominado **procedimiento breve** para tramitar la reclamaciones que no tengan contenido patrimonial o indemnizatorio, tales como los reclamos por la omisión, demora o deficiente prestación de los servicios públicos, vías de hecho y abstención a que se refiere el artículo 65, donde luego de admita la demanda se ordenará la citación del demandado para que informe sobre la causa de la demora, omisión o deficiencia del servicio público, de la abstención o de las vías de hecho según el caso, en un lapso no mayor de cinco (5) días hábiles a partir que conste en autos su citación –artículo 67-.

Vencido el lapso para el informe en cuestión, conforme al artículo 70 de la Ley, tendrá lugar dentro de los diez (10) la celebración de una audiencia oral para oír a las partes, a los notificados y demás interesados, propiciando la conciliación todo en los términos del artículo 71 que indica […] *En la*

[502] José Gregorio SILVA BOCANEY. Anotaciones sobre las Pruebas en el Proceso Administrativo. En El Contencioso Administrativo y los Procesos Constitucionales. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, 2011. pp. 390 y ss.

oportunidad de la audiencia oral, el tribunal oirá a los asistentes y propiciará la conciliación. El tribunal admitirá las pruebas, el mismo día o el siguiente, ordenando la evacuación que así lo requieran." Finalizada la audiencia, la sentencia será publicada dentro de los cinco (5) días de despacho siguientes –artículo 72-.

Dicho y respecto al tema probatorio, como lo hemos sostenido se trata de un adefesio de ley, pues no hubo regulación alguna del lapso de promoción de medios probatorios, de oposición y de evacuación, especialmente cuando en tratándose de un sistema de procedimiento oral y como lo hemos dejado de manifiesto el acto más importante es la audiencia oral pública y probatoria, donde se forme la prueba que es la única que puede servir para la verificación o establecimiento de los hechos por comparación con los enunciados de las pretensiones y así llevar a la convicción o certeza judicial.

El citado profesor SILVA BOCANEY al tratar el tema probatorio en este tipo de procedimientos nos dice, que se está ante una regulación parecida a la del procedimiento de amparo constitucional, donde ante la falta de regulación en cuanto al momento de la promoción de pruebas, debe entenderse que ambas partes deben proponer sus medios probatorios en la misma audiencia oral, aunque otra alternativa sería –indica- que la parte actora promoviera sus pruebas junto a la solicitud y el demandado en sus informes, aportando aquellas que o requirieran evacuación.[503] Al respecto nos parece acertada la interpretación que se hace, con el reparo que siendo un procedimiento oral, no puede pensarse en la posibilidad de existencia de medios probatorios que no requieran evacuación, pues y como indicamos la prueba que puede servir a la convicción judicial es aquella formada en audiencia oral y pública, con contradicción, inmediación, publicidad y concentración. En todo caso lo cierto es que el supino legislador hizo gala de su ignorancia sobre el tema probatorio y procedimental en este esperpento de ley.

Por último y respecto al procedimiento común a las demandas de la nulidad de los actos de efectos particulares y generales, interpretación de leyes y controversias administrativas a que se refiere el artículo 76, una vez recibida la demanda y admitida la misma, ordenada las notificaciones correspondientes y cumplidas las formalidades exigidas por la ley respecto a la publicación del cartel respectivo, tendrá lugar la audiencia de juicio dentro de los cinco (5) días siguientes donde las partes podrán promover los medios de prueba tal como lo indica el artículo 83 al señalar […] *Al comenzar la audiencia de juicio, el tribunal señalará a las partes y demás interesados el tiempo disponible para sus excepciones orales, las cuales además podrán consignar por escrito. En esta misma oportunidad las partes podrán promover sus medios de pruebas*." Por su parte el artículo 84 dispone […] *Dentro de los tres días de despacho siguientes a la celebración de la audiencia de juicio, el tribunal admitirá las pruebas que no sean manifiestamente ilegales, impertinentes o inconducentes y ordenará evacuar los medios que lo requieran, para lo cual se dispondrá de diez días de despacho, prorrogables hasta diez*

[503] José Gregorio SILVA BOCANEY. Ob. cit. p. 392..

días más. Si no se promueven pruebas o las que promuevan no requieran evacuación, dicho lapso no se abrirá. Dentro de los tres días siguientes a la presentación de los escritos de pruebas, las partes podrán expresar su convienen en algún hecho u oponerse a las pruebas que aparezcan manifiestamente ilegales o impertinentes."

Como puede apreciarse de este disparate de normas legales, se crea un sistema torticero en materia del lapso probatorio, pues en principio el momento de la promoción de medios es en la propia audiencia oral, más dentro de los tres (3) días de despacho siguientes, de manera contradictoria se reguló el deber del tribunal de providenciar los medios probatorios promovidos y la posibilidad de convenir respecto a los hechos u oponerse a la admisión de los medios, vale decir, que en forma paralela luego de celebrada la audiencia oral, se abre un lapso de providenciación, convenimiento de los hechos y oposición a la admisión de medios probatorios, lo que en definitiva genera un caos procesal.

A ello sumamos el hecho que siendo un sistema de procedimiento oral, no se reguló una audiencia pública y oral de evacuación de medios probatorios y peor aún, la norma contenida en el artículo 84 previó la posibilidad de medios probatorios que no requieren evacuación y hasta la no necesidad de abrir el lapso de evacuación ante esta situación, todo lo que es contrario al sistema oral como lo hemos expresado y que deja de manifiesto la ignorancia que hemos denunciado para no ser partícipes de la misma mediocridad que nos ha envuelto desde hace dieciseis años de involución bolivariana.

El profesor SILVA BOCANEY al tratar el tema de la prueba en este tipo de procedimiento indica […] *Dicha interpretación –literal- resulta igualmente absurda, pues dicho solapamiento impediría a las partes controlar las pruebas de su contendor, por lo que ha de entenderse que primero deberá correr el lapso de tres días de oposición, vencidos los cuales se procederá a pronunciarse sobre la admisión."*[504] Compartimos plenamente el planteamiento propuesto.

Luego y conforme al contenido del artículo 85, dentro de los cinco (5) días de despacho siguientes al vencimiento del lapso de evacuación de pruebas –si lo hubiere indica olímpicamente la norma- o dentro de los cinco (5) días siguientes a la celebración de la audiencia de juicio, en los casos que no se hubieran promovido pruebas o se promovieran medios de prueba que no requieren evacuación, se presentarán los informes por escrito o de manera oral si alguna de las partes lo solicitara, debiéndose dictar la sentencia dentro de los treinta (30) días siguientes al vencimiento del lapso de informes, todo conforme al contenido del artículo 86.

---

[504] José Gregorio SILVA BOCANEY. Ob. cit. p. 393.

CAPITULO VIII

LA CARGA DE LA PRUEBA

……………………………………………………………………………………………………

SUMARIO: *1. La carga procesal. Noción, definición y caracterización. 2. La carga de la prueba. Definición y caracterización. 3. Aspectos de la carga de la prueba. 4. Noción de la carga de la prueba. 5. Fundamento e importancia de la carga de la prueba. 6. Distribución de la carga de la prueba. Tesis doctrinarias. 6.1. Tesis que impone la carga de la prueba al actor, pero que le da tal carácter al demandado que excepciona. 6.2. Tesis que impone la carga de la prueba a quien afirme y que exime de ella a quien niega. 6.3. Tesis que impone al demandante la carga de la prueba de los hechos en que fundamenta sus pretensiones y al demandado los que fundamenta sus excepciones. 6.4. Tesis de lo norma y de lo anormal. 5.5. Tesis que impone la prueba a quien pretende innovar. 6.6. Tesis que recurre a la naturaleza constitutiva, o por el contrario extintiva, impeditiva o invalidativa de los hechos. 6.7. Tesis que impone a cada parte la carga de probar los presupuestos o supuestos de hecho de la norma jurídica que le es favorable. 6.8. Tesis que distribuye la carga de la prueba según la posición de las partes respecto de los efectos jurídicos perseguidos. 6.9. Tesis de Hernando DEVIS ECHANDÍA. 6.10. Tesis moderna de la escuela española. 6.11. Nuestra posición. 7. Distribución de la carga de la prueba en el sistema de procedimiento civil venezolano. 8. La duda probática como regla de distribución de la carga probatoria. La disponibilidad y facilidad probatoria como criterios correctivos. Cargas dinámicas. 9. Inversión de la carga de la prueba. 10. Nuevas tendencias en materia de inversión de la carga de la prueba. 11. Convenios o pactos sobre pruebas. 12. Nueva tendencia en materia de pactos sobre pruebas. 13. La carga de la prueba en el sistema de procedimiento penal. El estado de inocencia y el in dubio pro reo. 14. La carga de la prueba en el sistema de procedimiento laboral. 15. La carga de la prueba en el sistema de procedimiento contencioso administrativo.*

1. LA CARGA PROCESAL. Noción, definición y caracterización.

En temas anteriores hemos abordado el estudio de la generalidad sobre la prueba en su noción general y procesal, que obedece a la pregunta ¿Qué es la prueba?; del tema de la prueba que obedece a la pregunta ¿Qué se prueba?; de los medios de prueba judicial que sirven para formar la prueba que obedece a la pregunta ¿Cómo se prueba?; del momento de la prueba que obedece a la pregunta ¿Cuándo se prueba?;

más en el presente tema, abordaremos el tema relativo al principio de autorresponsabilidad, al riesgo de la falta de prueba, principio de aportación de parte o carga de la prueba –*onus probadi*- que obedece a la pregunta ¿Quien prueba?, que en sintonía con la noción procesal de prueba, la carga se referirá al interés que se tiene en el proceso de realizar la actividad probatoria que tienda a promover los medios, que sirvan para introducir las fuentes para la verificación o constatación de los hechos por comparación con los enunciados, creando convicción o certeza judicial.

De esta manera en el proceso las partes cumplen una actividad de investigación de los hechos brutos y obtención de las fuentes que servirán al proceso –probática- que puedan tener significación jurídica, lo que conducirá a su exposición o enunciado como fundamento de sus pretensiones en cumplimiento de la carga de la explanación –*onus explanandi*- de los hechos institucionales y con determinancia valorativamente jurídica que son el presupuesto de las normas que consagran consecuencias jurídicas constitutivas, extintivas, impeditivas o invalidativas del derecho que pretenden, de manera que el accionante hará el enunciado de los hechos en que fundamenta su pretensión, al tiempo que el demandado hará lo propio al ejercitar su excepción, sin perjuicio del simple rechazo de la pretensión en los casos permitidos, momento en el cual al trabarse la litis y ante la existencia de afirmaciones o negaciones de hecho –excepcionalmente de derecho- disyuntivas y controvertidas, las partes a su vez según las reglas distributivas que estudiaremos deben cumplir con el interés de realizar aquella actividad probatoria de promoción de los medios de prueba, que le permitan llevar aquellas fuentes que servirán para la fijación de los hechos por comparación y en definitiva a la formación de la prueba como certeza o convicción judicial respecto a los enunciados de hecho debatidos.

Lo dicho precisamente nos coloca en el campo de la carga probatoria –*onus probandi*- que junto con la carga de la explanación son actividades propias que corresponden a las partes de enunciar los hechos y llevar las fuentes que permitan su acreditación para en definitiva formar la prueba –noción procesal- que evitará a las partes, sufrir el perjuicio producto de la consecuencia procesal de la falta, ausencia o insuficiencia de prueba sobre los hechos debatidos, de manera que y como veremos, el tema de la carga de la prueba analizado desde la visión de las partes, conducirá a la determinación del interés que debe satisfacerse en el proceso para no sufrir consecuencia procesales –pérdida del proceso- en tanto que desde la visión del judicante se presentará como una regla de juicio que le indicará como y contra quien fallar cuando precisamente no se pueda formar la prueba con la actividad probatoria que realizan las partes –lo que no puede ser suplido por actividad probatoria oficiosa- evitando la absolución de la instancia como vicio de la sentencia.

En este sentido ALSINA nos dice por ejemplo que dentro del régimen dispositivo –principio dispositivo- la formación del material de conocimiento en el proceso constituye una carga para las partes

y condicionada la actuación del órgano jurisdiccional, desde que no podrá en su sentencia referirse a otros hechos que a lo alegados por aquellos –*secundum allegata et proba*- siendo que de su actividad dependerá que sus pretensiones sean admitidas o rechazadas, de modo que junto a la carga de las afirmaciones de los hechos, tienen la carga de la prueba de los mismos, cuando no fuese reconocidos o no se tratara de hechos notorios. Indica que […] *Así como no puede tomar en cuenta hechos que no han sido alegados por las partes, el juez tampoco puede fundar su sentencia en hechos que no han sido probados, salvo los casos en los que le está permitido ordenar diligencias para mejor proveer.*", que si […] *las dos partes, actor y demandado, aportan al proceso toda la prueba y en base a ella se logra formar la convicción del juez, sin que reste ningún hecho dudoso, no existe interés práctico en determinar a cuál de ellas correspondía la carga de la prueba. Su necesidad surge, en cambio, cuando han quedado hechos sin prueba, porque se trata entonces de determinar quién debía aportarla, si el que se limita a afirmar su existencia o el que se redujo a negarla. Esta es una cuestión que el juez la resolverá en la sentencia, pero como no es posible esperar hasta ese momento para que las partes conozcan su posición y decidan la actitud a asumir, sino que deben establecerlas de antemano para no incurrir en omisiones, la doctrina ha tratado de concretar en algunas reglas los principios que rigen la materia.*"[505]

Importa destacar de lo expresado por el maestro argentino, que el tema de la carga de la prueba está íntimamente conectado con la carga de la alegación, explanación, afirmación o enunciado de los hechos como fundamento de la pretensión o de la excepción al ser el presupuesto de una norma jurídica que consagra una consecuencia perseguida y beneficiosa. Lo dicho necesariamente conecta el tema con la carga procesal y con el principio dispositivo, pues en el proceso judicial –como ocurren en nuestro sistema- son las partes quienes tienen que investigar los hechos, encontrar sus fuentes, alegarlos como fundamento de sus pretensiones o excepciones –carga de la explanación- y de llevar la prueba de los mismos al proceso, esto es, de realizar la actividad probatoria conforme a la probática que han diseñado para promover los medios que lleven las fuentes que sirvan a la convicción judicial, ello en función a las reglas que determinan la distribución de este peso –*onus*- cuyo incumplimiento y como veremos, les producirá consecuencias procesales adversas al no poder conseguir o alcanzar el efecto jurídico contenido en la norma que se activaría al demostrar el hecho o supuesto de hecho concreto identificado con el abstracto normativo.

La carga de la prueba –como veremos- involucra o comprende los principios de "**aportación de parte**" y "**adquisición procesal**",[506] el primero conforme al cual las partes tienen la carga o peso de hacer los enunciados fácticos con relevancia jurídica en los que se sustenta la pretensión o excepción, así como de su acreditamiento en el proceso a través de la actividad probatoria, salvo que estén exentos de

---

[505] Hugo ALSINA. Ob. cit. T. III. pp.253 y ss.
[506] Véase a Juan MONTERO AROCA. Derecho Jurisdiccional II. pp. 262 y ss. También en La Prueba en el Proceso Civil. pp. 54 y ss.

prueba, no importando quien lleve al proceso la fuente que sirva para la fijación por comparación y para la convicción judicial, pues conforme al segundo de los precitados principios –adquisición procesal- una vez que se forme la prueba, no importará quien realizó la actividad procesal y probatoria para tal fin, pero cuando hay inexistencia de la acreditación de los hechos enunciados, necesariamente deberá acudirse a las reglas distributivas de la carga probatoria para determinar sobre quien pesaba el interés de producir la prueba y no lo hizo.

El estudio de la carga de la prueba fundamentalmente se basa en determinar **desde el punto de vista de las partes,** quien tiene la carga o el interés de probar –en sentido general- más aún, quien sufrirá la consecuencia procesal del no cumplimiento de la carga y **desde el punto de vista del judicante,** cómo y contra quien debe fallar cuando en el proceso solo existan hechos enunciados -afirmados o negaciones- por las partes, que siendo controvertidos entre ellos no hayan sido acreditados por ausencia de actividad probatoria, por actividad probatoria defectuosa o por insuficiencia de la actividad probatoria, sin perjuicio de las reglas especiales que aplican en materia penal y contencioso administrativa, la primera como consecuencia del derecho constitucional y humano de estatus de inocencia que impone al acusador la carga de realizar una mínima actividad probatoria de cargo que destruya la precitada presunción más allá de toda duda razonable y donde al acusado no corresponda carga alguna de su estado constitucional, que ante la falta de prueba simplemente el judicante debe sostener en la sentencia, en tanto que ante una actividad probatoria de cargo que no pueda catalogarse como de mínima, ante su insuficiencia o duda operará el principio *in dubio pro reo*, como regla valorativa constitucional dirigida al judicante para la interpretación del material probatorio que favorecerá al acusado e igualmente conducirá al mantenimiento del estado de inocencia; respecto a los casos contenciosos administrativos y como veremos, también se impone la aplicación de reglas especiales como consecuencia de ser el Estado uno de los sujetos procesales investido de ciertos privilegios que entre otros casos, afecta al tema de la carga probatoria.

Para abordar esta temática resulta fundamental determinar su naturaleza, no solo en sentido procesal sino respecto a su terminología que determinará el carácter de la institución, pues siguiendo con el esquema que nos hemos trazado en este trabajo, la carga de la prueba regulada en normas jurídicas contenida en instrumentos legales sustantivos o adjetivos, se trata de una institución –naturaleza-netamente procesal aplicada en el proceso –normas procesales- sin perjuicio de su aplicación en los procedimientos administrativos, que trae como consecuencia la indisponibilidad de su regulación por las partes –sin perjuicio de lo que diremos más adelante- por su carácter de orden público absoluto; pero en cuanto a la terminología determinante de su carácter, debe apreciar que en materia probatoria se está en presencia de "cargas procesales" y no de "deberes procesales", vale decir, que en materia de realización de la actividad probatoria por las partes en el marco del proceso judicial, estas cumplen un "interés" y no

un "deber", lo que en definitiva y desde ahora indicamos que cuando nos referimos al *onus probandi*, siempre estaremos en presencia de un interés y no de una obligación o deber.

MONTERO AROCA al tratar el tema nos dice que la distinción entre la noción de **carga** y **obligación** procesal,[507] se debe fundamentalmente a James GOLDSCHMIDT y a Francisco CARNELUTTI, el primero de ellos para quien al tratar la naturaleza jurídica del "proceso" y exponer la tesis del proceso como situación jurídica, luego de criticar la teoría de BÜLOW –el proceso como relación jurídica o conjunto de derechos y obligaciones, facultades y deberes de las partes, pero de orden público como consecuencia del proceso- explicaría que el proceso no está conformado por derechos y obligaciones, sino por expectativas, cargas y posibilidades procesales de lo que se espera y del derecho que se pretende sea reconocido en la sentencia, en tratándose en consecuencia de una situación jurídica donde cada parte, está a la expectativa de lo que dirá la sentencia, que dependerá a su vez de la conducta y del cumplimiento de las cargas procesales en cabeza de cada parte. Luego, la teoría del maestro alemán respecto a la naturaleza jurídica del "proceso" marcaría al derecho procesal y probatorio al descubrirse la "carga procesal" como potestad en cabeza de los sujetos procesales que les permitirá obtener una sentencia favorable a sus pretensiones siempre que se cumplieran con las cargas procesales de alegación, de contestar, de probar. CARNELUTTI, distinguió la "carga" del "deber" fundado en la diversa sanción conminada a quien no realizara el acto, existiendo solo obligación cuando la inercia diera lugar a una sanción jurídica –ejecución o pena- en tanto que si la abstención del acto hacía solo perder los efectos útiles del mismo, se estaría en presencia de una carga procesal; que la obligación y la carga tienen en común el elemento formal, consistente en el vínculo de la voluntad, pero divergiendo en cuanto al elemento sustancial, porque cuando media una obligación el vínculo se impone para la tutela de un interés ajeno y cuando hay carga, para la tutela de un interés propio.

Para SILVA MELERO si se define la facultad como simple posibilidad de hacer o de obrar, si se le añade "según la propia voluntad" se estará en la noción de "carga", por lo que habrá facultades puras y facultades-cargas.[508]

MICHELI al tratar el tema de la **carga procesal** nos dice que la noción sobre la cual se ha hecho girar toda la teoría sobre la carga de la prueba, es precisamente la carga […] *entendida como una entidad jurídica distinta de la obligación, en el sentido de que en determinados casos la norma jurídica fija la conducta que es necesario observar, cuando un sujeto quiera conseguir un resultado jurídicamente relevante. En tales hipótesis un determinado comportamiento del sujeto es necesario para que un fin jurídico sea alcanzado, pero, de otro lado, el sujeto es libre de organizar su propia conducta como mejor le parezca, y, por consiguiente, también eventualmente en sentido contrario al previsto por la*

[507] Juan MONTERO AROCA. La Prueba en el Proceso Civil. p. 56.
[508] Valentín SILVA MELERO. Ob. cit. T. I. p. 91.

norma." Sigue diciendo el maestro italiano que la no observancia de una carga no conduce a una sanción jurídica alguna, sino a sanción económica, donde la no obtención del fin jurídico perseguido, conducirá a una situación de desventaja para el sujeto titular del interés tutelado, consecuencia de lo cual, la carga ha venido adquiriendo una consistencia propia en la sistematización jurídica junto a la "**obligación**", caracterizada esta última por el vínculo impuesto a la voluntad del obligado por un interés ajeno; vínculo cuya violación importa una ilicitud en cuanto es violación de un mandato que no deja al obligado la libertad de elección. Que en sustancia la norma jurídica o bien indica una conducta que debe ser observada en interés ajeno –eventualmente bajo la pena de sanción- o bien una conducta que debe ser observada por el interesado si este quiere conseguir un fin que de otra manera no alcanzará.[509]

ROSEMBERG por su parte manifiesta que la carga procesal implica una actividad voluntaria que y aún su carácter, el no cumplimiento produce efectos perjudiciales al sujeto, de manera que la carga procesal no impone un deber ni una obligación, pues […] *la opinión que considera como cumplimiento de un deber a la actividad afirmadora y probadora de las partes, se basa –igual que la doctrina de la obligación de apersonarse y de entrar en el debate (de declararse)- en la idea que se obliga a las partes a actuar de ese modo; el medio coercitivo consistirá en la consecuencia de la contumacia, esto es, en la ficción de que no existe el hecho no afirmado y que sea falso el no probado. Pero en realidad no hay tal ficción, que se considera como una sanción por la indolencia de las partes; sino únicamente que el tribunal no debe basar su sentencia en un hecho no afirmado o no probado sin que ello signifique que este hecho no existe o que sea falso. Prescindiendo de esto, de la circunstancia de que no se tiene en cuenta un hecho no afirmado o no probado, tampoco puede deducirse la existencia de una coacción. Como ya hemos explicado repetidas veces, un precepto jurídico sólo puede aplicarse cuando constan sus presupuestos; por eso, es natural y evidente que al dudarse de la existencia de uno solo de estos presupuestos no puede aplicarse el precepto. El éxito faltará siempre, también en otras ocasiones, en que no pongan todas las condiciones para que éste se realice. Las partes tratan de eludir esta consecuencia y se esfuerzan en afirmar y probar todos los hechos que necesitan ser averiguados. Pero lo hacen por ningún otro imperativo que aquel que les impone su propio interés en triunfar.*"[510] Indica el maestro alemán que no puede considerarse que las partes tengan el "deber" de triunfar en el proceso, sino que existe una "carga" de cumplir las actividades correspondientes para triunfar en interés propio, pues solo el propio interés da impulso para actuar, de manera que ni siquiera es admisible calificar la situación como deber para consigo mismo, al no existir coacción para cumplir el acto objeto de la carga, al no tener esa condición de hecho de que las partes deben realizar tales actos en forma y tiempo determinado, si desean obtener efectos jurídicos procesales perseguidos; no existiendo tampoco una "obligación" de actuar de esa manera pues se trata de una manifestación de la voluntad,

---

509 Gian Antonio MICHELI. La Carga de la Prueba. Traducción de Santiago Sentís Melendo. Editorial Temis. Bogotá, 1989. pp. 54 y ss.

510 Leo ROSEMBERG. La Carga de la Prueba. Traducción de Ernesto Krotoschin. P. 49.

donde las partes actúan siempre de manera voluntaria y de admitirse que existe el deber de las partes de cumplir con las cargas, tendría que admitirse un derecho del tribunal o del adversario al acto sujeto de la carga, lo que –indica- es inaceptable.

Respecto al tema de la **carga procesal** indica el maestro Hernando DEVIS ECHANDÍA, su noción forma parte de la teoría general del derecho, cuya aplicación principal ocurren en el campo del proceso, siendo una relación jurídica activa al contrario de la obligación y del derecho, que con relaciones jurídicas pasivas, catalogándose al lado del derecho subjetivo y la potestad, como una facultad o poder, porque su aspecto fundamental consiste en la posibilidad que tiene el sujeto conforme a la norma que la consagra, de ejecutare libremente el acto objeto de ella, para su propio beneficio. El precitado maestro en definitiva define la carga procesal como […] *un poder o una facultad (en sentido amplio), de ejecutar, libremente, ciertos actos o adoptar cierta conducta en la norma para beneficio e interés propios, sin sujeción ni coacción y sin que exista otro sujeto que tenga el derecho a exigir su observancia, pero cuya inobservancia acarrea consecuencias desfavorables*."[511]

Al tratar el tema que abordamos el distinguido profesor y amigo Gabriel Alfredo CABRERA IBARRA nos explica con suma claridad que la noción de carga procesal es diferente a la noción de un deber y a la noción de una obligación, al tratarse de tres cosas distintas, donde usualmente la idea de carga suele ser confundida con la idea de un deber aunque no son sinónimos; que la *obligación* implica un vínculo jurídico entre dos personas en la que una de ellas o bien ambas, deberá realizar o cumplir con una prestación para liberarse, de manera que si no la cumple le acarreará una sanción y la posibilidad para la parte que ha sufrido el incumplimiento, de solicitar el cumplimiento de dicha prestación judicialmente; que a veces la obligación sólo vincula a una persona, entonces será unilateral, pero si vincula a dos será bilateral; que el hecho es que frente al incumplimiento de la prestación a la cual se está obligado hay sanción y la posibilidad de exigir ese cumplimiento judicialmente, la que se produce porque el incumplimiento genera un daño a la parte que iba a resultar beneficiada por el cumplimiento de la prestación por cuanto el cumplimiento se realiza en interés ajeno.

Indica que el *deber* se trata no de una obligación jurídica, sino de un imperativo esencialmente moral que a veces puede revestir forma jurídica, en cuyo caso se transforma en obligación jurídica, pero frente al cual no hay posibilidad cierta de hacer cumplir a quien incumple, aunque ese incumplimiento pueda acarrearle una sanción; que el deber es también bilateral en el sentido que el destinatario es siempre otra persona distinta a quien cumple o incumple con lo debido, por eso el deber se cumple en interés ajeno.

Que en cuanto a la carga –señala CABERA IBARRA- no implica bilateralidad alguna, sino un interés propio, la realización de un acto que se traducirá en un beneficio propio, en un beneficio para

---

[511] Hernando DEVIS ECHANDÍA. Ob. cit. T. I. pp. 420 y ss.

quien realiza el acto del cual se trate, donde si no cumple con dicho acto, su incumplimiento podría acarrearle algún perjuicio pero no necesariamente una sanción, que es distinto; que ese incumplimiento de la propia carga que puede generarle perjuicios, en el marco de un proceso puede convertirse en beneficioso para la contraparte. Terminado expresado que […] *Entonces, resumiendo, en la obligación se vinculan dos partes (aunque el obligado pueda ser uno sólo) pero siempre el incumplimiento de la prestación causa un perjuicio a otra persona distinta a aquella que incumple. Ese incumplimiento genera sanción a quien incumplió con la prestación y el cumplimiento, que siempre es en interés ajeno, puede ser reclamado judicialmente. En el deber, se vinculan dos partes, y quien incumple con su deber puede generar daños a terceros y puede ser sancionado, pero no se le puede exigir judicialmente el cumplimiento de ese deber (de lo contrario sería una obligación jurídica). El deber se cumple también en interés ajeno. En la carga sólo hay una parte vinculada, de manera tal que quien cumple con la carga lo hace en su propio interés y beneficio, y si no cumple con dicha carga, entonces podrá generarse un perjuicio propio, pero nunca perjudica a otras personas, sino que, en el caso de los procesos judiciales, puede incluso beneficiar a la contraparte.*” [512]

Dicho esto tenemos que la **carga procesal** viene siendo el poder, facultad o potestad del cual se encuentra investido el sujeto procesal –sea demandante, demandado, acusado o acusado- de realizar actos procesales o adoptar determinadas conductas en el proceso, en su propio beneficio o en contra posición, que solo le traen consecuencia jurídicas adversas cuando dejan de cumplirse, sin que puedan los demás sujetos procesales obligar o exigirle la realización del acto o conducta, por lo que en la carga la parte actúa como quiere, tal como sucede con la materia de pruebas, contestación de la demanda o la presentación de informes, cuyos elementos característicos pueden enunciarse de la siguiente manera:

a. Es un poder, facultad o potestad que tienen los sujetos procesales, pues solo éstos tienen el derecho de realizar los actos procesales o adoptar las posturas procesales que consideren pertinentes para la defensa de sus derechos e intereses.
b. Ese poder o facultad se realiza en beneficio exclusivo de quien realiza el acto o asume la conducta procesal.
c. Como poder o facultad de los sujetos procesales, no puede ser exigida su observancia por los otros sujetos procesales.
d. Solo quien tiene ese poder o facultad procesal, sufrirá las consecuencias desfavorables o adversas de la falta de realización del acto o conducta procesal.

Por su parte, el **deber u obligación procesal** es una imposición que se realiza sobre alguno de los sujetos procesales, para que realice algún acto o asuma alguna conducta, la cual puede ser exigida por los demás sujetos procesales y que no produce beneficios propios, en otros términos que producen beneficios a los demás sujetos procesales, ya que el sujeto no actúa como quiere –carga- sino como debe,

---

[512] Gabriel Alfredo CABRERA IBARRA. Derecho Probatorio. Compendio. pp. 257 y ss.

no existiendo la libertad de actuar y estando sujeto a la voluntad de los demás actores de la dialéctica procesal o de la colectividad, tal como sucede con el deber de lealtad y probidad procesal, el deber de colaborar con el operador de justicia en la búsqueda de la verdad, de no oponer defensas infundadas o ejercitar recursos judiciales con la simple intención de retardar el proceso, cuyos elementos característicos podemos resumir en los siguientes:

a. Los sujetos procesales no tienen la potestad de realizar los actos procesales o de adoptar las conductas procesales.
b. El deber u obligación procesal se realiza en beneficio de los demás sujetos procesales.
c. Puede ser exigida su observancia por los otros sujetos procesales.

Diferenciando la carga de las obligaciones procesales en los términos expresados por DEVIS ECHANDÍA tenemos:

a. La obligación y el deber son relaciones jurídicas pasivas, en tanto que la carga es una relación jurídica activa.
b. En la obligación o el deber hay un vínculo jurídico entre el sujeto pasivo y otra persona o el Estado, en tanto que en la carga no existe tal vínculo.
c. En la obligación o deber se limita la libertad del sujeto pasivo, mientras que en la carga se conserva completa su libertad de ordenar su conducta.
d. En la obligación o el deber existe un derecho –privado o público- de otras persona a exigir el cumplimiento, lo que no sucede en la carga.
e. En la obligación o el deber implican una sujeción, en tanto que la carga contiene una facultad o poder.
f. El incumplimiento de la obligación o el deber es ilícito, ocasionando sanciones, en tanto que la inobservancia de la carga es lícito y no produce sanción, salvo consecuencias procesales.
g. El cumplimiento de la obligación o el deber beneficia siempre a otra persona o a la colectividad, al paso que la observancia de la carga solo beneficia al sujeto de ella.[513]

Conforme a las definiciones dadas y a la doctrina citada, en materia probatoria mediante la actividad de promoción de medios probatorios, para llevar las fuentes que sirven de verificación de los hechos afirmados por comparación y que conducen a la convicción o certeza judicial, en base al principio dispositivo y tomando en consideración que su cumplimiento solo beneficia al sujeto o parte interesada en un resultado jurídico, que su incumplimiento no puede ser exigido por ningún otro sujeto y que no se considera ilícito y consecuencialmente sancionable, estamos en el mundo de las cargas –como dijimos- de meros intereses de producir la prueba y no sufrir las consecuencias jurídico procesales desfavorables,

---

[513] Hernando DEVIS ECHANDÍA. Ob. cit. T. I. p. 420.

lo que de inmediato nos permite afirmar –nuevamente- que en materia probatoria no se puede identificar la carga con un deber, obligación o débito procesal, como relación jurídica pasiva sancionable y exigible. Dicho esto pasemos entonces al análisis de la carga de la prueba.

2. LA CARGA DE LA PRUEBA. Definición y caracterización.

En la dialéctica del proceso judicial como se ha venido sosteniendo, lo que importa no es quien produzca las pruebas –principio de adquisición procesal- sino que llegado el momento de emitir el fallo judicial, las pruebas -en su noción amplia- se encuentren en el proceso, lo que permitirá al juzgador el establecimiento o fijación de los hechos enunciados y debatidos, sin perjuicio que ello puede realizarse por estricta legalidad o por máximas de experiencia, de manera que ante la falta de prueba de los hechos enunciados y debatidos, el judicante para evitar absolver la instancia deberá acudir a otro sistema de establecimiento de los hechos, como será la carga probatoria como sucedáneo de pruebas.

De esta manera y en función al precitado principio de adquisición procesal -comunidad de la prueba- las probanzas una vez que han sido legalmente incorporadas al proceso, dejan de ser patrimonio exclusivo de los sujetos que las han allegado, pasando a ser propiedad del mismo por ser el instrumento para la realización de la justicia, que es el fin último y constitucional de nuestro ordenamiento jurídico, dado su carácter de valor superior consagrado en los artículos 2° 26 y 257 constitucionales; pero nuestro proceso –procedimiento- en general es netamente de corte dispositivo –regido por el principio dispositivo- tal como lo norma el artículo 11 del Código de Procedimiento Civil, que por la regulación constitucional que empuja a la oralidad, se ve más asentado por el principio de la congruencia contenido en el artículo 12 *ejusdem*, donde se le prohíbe al operador de justicia sacar elementos de convicción fuera de los hechos y pruebas aportados por las partes a la contienda judicial –principio de aportación de parte- debiéndose atener obligatoriamente a lo que aleguen y prueben los sujetos procesales, lo que se traduce en que las partes son quienes tienen que cumplir con las cargas de la explanación mediante el enunciado o afirmación de los hechos que son presupuestos de las normas jurídicas que consagran las consecuencias perseguidas, así como de la prueba, mediante la aportación de las fuentes a través de los medios que sirvan para verificar los enunciados por su comparación con las precitadas fuentes, que permitan la convicción judicial sobre su existencia o no, pues solo ellas –las partes- conocen la forma como sucedieron los acontecimientos que a la postre se convertirán y verterán en el proceso judicial como enunciados de hechos controvertidos, sujetos a la reconstrucción de circunstancias pasadas donde no hubo la presencia del juzgador, quién realiza un papel de verificador y no de averiguador respecto a los enunciados.

De lo dicho tenemos que las partes no solo tienen la carga –interés- de enunciar los hechos sino de acreditárselos al juez, lo que es propio del principio dispositivo o aportación de parte, lo que como vemos no encuentra su ubicación en el mundo de los deberes o obligaciones procesales, sino en el mundo de las cargas procesales, ya que éstas –partes- no tienen el deber u obligación de suministrar las pruebas que sirven de soporte de sus afirmaciones o negaciones de hecho, sino la carga, potestad o facultad de aportar la misma, más aún, el interés de traer al proceso la probanza de sus afirmaciones o negaciones, pues el perjuicio de la falta de prueba o de su insuficiencia, recaerá sobre aquella parte que no haya cumplido con su interés –carga- no existiendo sujeto alguno que obligue a las partes suministrar la prueba de los hechos.

La carga de la prueba como noción de las partes importa el interés de realizar las actividades probatorias para que se forme la prueba sobre los hechos enunciados o negados como fundamento de sus pretensiones o excepciones; desde la noción del judicante le indicará como y contra quien fallar cuando no exista o se forme la prueba de los enunciados, estableciendo los hechos a través del sucedáneo de pruebas –carga- y así evitar la absolución de la instancia.

El MONTERO AROCA al abordar el tema de la carga de la prueba, calificándolo de principio de aportación de parte, manifiesta que quienes prueban son las partes y para el juzgador, pues corresponde a la esencia del proceso civil el que sobre las partes recaiga la carga de aportar los hechos al proceso, es decir, la realización de las afirmaciones de los supuestos fácticos de las normas cuyas consecuencias se piden y que solo pueden ser obra de las partes, pues si el juez pudiere hacer esa afirmación se alteraría toda la concepción de lo que es el proceso civil, por lo que tradicionalmente corresponde también a la esencia del proceso civil, el que sobre las partes recaiga la carga de probar los hechos afirmados; que desde la perspectiva del judicante la carga de la prueba se traduce en que al momento de dictar la sentencia, si se encuentra con que alguno de los hechos afirmados por las partes no ha sido probado y con ello se produce una situación de incertidumbre, de falta de certeza, la misma ley obliga a resolver, indicándole lo que debe hacer ante tal incertidumbre, de modo que la doctrina de la carga de la prueba adquiere su verdadero sentido, tratándose de atender a qué debe hacer el juez al final del proceso. [514]

Pero **¿Qué es la carga de la prueba?**

Comencemos con ROCHA ALVIRA quien nos dice que con la expresión carga o peso de la prueba –*onus probandi*- se quiere indicar la actividad correspondiente a cada una de las partes en la tarea de hacer conocidos al juez los hechos en que se basan sus afirmaciones de la demanda o de la defensa; que *onus probandi* es una terminología forense derivada del *onus*, *onoréis*, sustantivo latino que significa peso

---

[514] Juan MONTERO AROCA. La Prueba en el Proceso Civil. p. 53. Igualmente Derecho Jurisdiccional II. pp. 262 y ss.

o carga, fragmento de una norma atribuida en mayor enunciado al jurisconsulto CELSO JUVENCIO, de quien figuran numerosos pasajes del Digesto, tomados del *Libri Digestorum* de Celso. Indica el maestro que so tres las reglas que informan la carga de la prueba a saber:

a. *Onus probandi incumbit actori*, que se traduce en que es al demandante a quien incumbe el deber de probar los hechos en que se funda su acción.
b. *Reus in excipiendo, fit actor*, conforme a la cual el demandado cuando excepciona o se defiende, se convierte en demandante para los efectos de tener que probar a su turno los hechos en que fundamenta su defensa.
c. *Actore non probante, reus absolvitur*, donde el demandado ha de ser absuelto de los casos o de la acción del demandante, si éste no logró en el proceso probar los hechos constitutivos de su demanda.[515]

Para Hernando DEVIS ECHANDÍA, la carga de la prueba como una noción procesal que contiene una regla de juicio, por medio de la cual se le indica al juez cómo debe fallar cuando no encuentre en el proceso pruebas que le indiquen certeza sobre los hechos que deben fundamentar su decisión, e indirectamente establece a cuál de las partes le interesa la prueba de tales hechos, para evitarse las consecuencias desfavorables. [516]

Jairo PARRA QUIJANO define la carga de la prueba como una noción procesal que consiste en una regla de juicio, que le indica las partes la autorresponsabilidad que tienen para que los hechos que sirven de sustento de las normas jurídicas cuya aplicación reclaman aparezcan demostrados y que, le indica al juez cómo debe fallar cuando no aparezcan probados tales hechos. Dice el precitado maestro que […] *Utilizamos la palabra autorresponsabilidad para significar que no es la carga una obligación ni un deber, por no existir sujeto o entidad legitimada para exigir el cumplimiento. Tiene necesidad que aparezca probado el hecho la parte que soporta la carga, pero su prueba puede lograrse por la actividad oficiosa del juez o de la contraparte. Por ello dice: "La jurisprudencia española lo ha entendido correctamente al estimar que la doctrina de los onus probando tiene el alcance principal de señalar las consecuencias de la falta de prueba.*" [517]

AZULA CAMACHO concibe la carga de la prueba como una modalidad de la carga procesal, con la variante que mientras la última mira a las partes exclusivamente, en la primera se incluye al judicante al indicarle la forma como debe fallar cuando no aparezcan pruebas en el proceso que demuestren los hechos enunciados y debatidos, definiendo la carga de la prueba como una regla de conducta para las partes, por concretarse a observarla mediante la realización de todas aquellas actuaciones necesarias para

---

[515] Antonio ROCHA ALVIRA. Ob. cit. pp. 61 y 62.
[516] Hernando DEVIS ECHANDIA. Ob. cit. T.I. p. 426.
[517] Jairo PARRA QUIJANO. Ob. cit. pp. 242 y ss.

establecer los hechos que apoyan su derecho en el proceso, sean las pretensiones o excepciones; mientras que para el juzgador es una regla de juicio, por indicarle la forma como le corresponde pronunciarse, concretamente en contra de la parte sobre la cual gravita.[518]

En Argentina comencemos con ALSINA quien nos dice que dentro del régimen dispositivo –principio dispositivo- la formación del material de conocimiento en el proceso constituye una carga para las partes y condiciona la actuación del órgano jurisdiccional, desde que no podrá en su sentencia referirse a otros hechos que a lo alegados por aquellos –*secundum allegata et proba-* siendo que de su actividad dependerá que sus pretensiones sean admitidas o rechazadas, de modo que junto a la carga de las afirmaciones de los hechos, tienen la carga de la prueba de los mismos, cuando no fuese reconocidos o no se tratara de hechos notorios.[519]

PALACIO por su parte expresa que el juez al momento de dictar la sentencia puede encontrarse frente a las siguientes situaciones: a. La actividad probatoria desarrollada por una o por ambas partes le depara la convicción sobre la existencia o inexistencia de los hechos controvertidos; b. Uno o más de esos hechos no han sido probados, o lo han sido insuficientemente. Que frente al primero de los escenarios, resulta indiferente determinar en concreta la carga de la prueba, en tanto que en el segundo, debe decidirse por uno u otro sentido estándole vedado la posibilidad de obviar la decisión con fundamento a la incertidumbre ante la falta o insuficiencia de la prueba, en cuyo caso debe contar con ciertas reglas que le permitan establecer cuál de las partes ha de sufrir las consecuencias perjudiciales que provoca la incertidumbre sobre los hechos controvertidos, de suerte que tal contenido de la sentencia resulte desfavorable a la parte que, no obstante haber debido aportar la prueba correspondiente, omitió hacerlo. Terminando indicando que […] *Las reglas sobre la caga de la prueba, en síntesis, sólo revisten importancia práctica, ante la ausencia o insuficiencia de elementos probatorios susceptibles de fundar la convicción judicial en un caso concreto, indicando por un lado al juez cuál debe ser el contenido de la sentencia cuando concurre aquella circunstancia y previniendo por otro lado a las partes acerca del riesgo a que se exponen en el supuesto de omitir el cumplimiento de la respectiva carga.*”[520]

Parea BACRE la carga de la prueba es un instituto procesal mediante el cual se establece una regla de juicio en cuya virtud se le indica al juez cómo debe fallar cuando no encuentre en el proceso pruebas que le den certeza sobre los hechos que deben fundamentar su decisión, e indirectamente establece a cuál de las partes le interesa la prueba de tales hechos, para evitarse las consecuencias desfavorables de su desidia.[521]

---

[518] Jaime AZULA CAMACHO. Manual de Derecho Probatorio. pp. 32 y 33.
[519] Hugo ALSINA. Ob. cit. T. III. p. 253.
[520] Lino Enrique PALACIO. Ob. Cit. T. IV. pp. 362 6 363.
[521] Aldo BACRE. Ob. cit. T. III. p. 40.

JAUCHEN al referirse al tema en su Tratado de la Prueba en Materia Penal indica, que su noción implica dos aspectos diferentes, por un lado determina las reglas que el órgano jurisdiccional debe tener en cuenta cuando, debiendo resolver sobre determinado hecho, no se ha producido prueba sobre el mismo, estableciéndose que si la parte que tenía el interés jurídico en la existencia de ese hecho no produjo la prueba que verifique su afirmación, el juez debe tenerlo por no existente. Como consecuencia y en segundo lugar, el principio señala cuál de las partes es la que "debe" probar determinado hecho para evitar las consecuencias jurídicas desfavorables que su omisión implica, debido a que esa parte tiene el interés jurídico en que ese hecho se tenga como existente. Indica que ello no obsta a que la parte que no tiene interés suministre la prueba, siendo igualmente para el juez tenerlo como acreditado, no pudiendo en principio éste –judicante- introducir oficiosamente la prueba del hecho, invadiendo de este modo los poderes dispositivos de las partes, salvo casos de orden público.

También expresa refiriéndose al proceso penal que […] *no existe esta distribución de la carga de la prueba, según la cual trae como consecuencia cierta fijación formal de los hechos constitutivos de la litis, en virtud de la obligación de cada parte de probar los hechos que afirma. Ello así, debido a que en razón del interés público que gobierna el proceso penal, es al Estado por medio de sus órganos predispuestos (jueces y Ministerios Públicos) a quien incumbe probar los hechos que sustenten la pretensión punitiva. El imputado goza de su natural estado de inocencia, y en consecuencia nada "debe" probar, ni siquiera sus excusas o justificaciones, ya que si bien tiene el derecho de hacerlo, la circunstancia que omita esa actividad no acarrea para él ningún perjuicio procesal. Es el Estado el que debe probar su culpabilidad para destruir el estado de inocencia, incluso hasta debe investigar la posibilidad de que hayan existido aquellas excusas o justificaciones alegadas por el imputado con independencia de la prueba que éste introduzca al respecto, pues el principio de investigación integral así lo impone.*"[522]

Saliendo de Argentina y entrando en la doctrina uruguaya el ilustre catedrático Eduardo COUTURE, considera que en un sentido estrictamente procesal, se refiere a la conducta impuesta a uno o a ambos litigantes, para que acrediten la verdad de los hechos enunciados por ellos. Se trata de un imperativo del propio interés de cada litigante, una circunstancia de riesgo que consiste en que, quien no prueba los hechos que ha de probar, pierde el pleito judicial. [523]

En Nicaragua ESCOVAR FORNOS indica que son dos los aspectos fundamentales sobre la carga de la prueba, la primera que distribuye entra las partes los hechos que cada una debe probar para acoger sus pretensiones o defensas, mediante una distribución que hace la ley y no el judicante, a fin de evitar que quede a su arbitrio respecto a los hechos litigiosos; la segunda que faculta al judicante ante la insuficiencia o ausencia de prueba, para dictar sentencia de fondo en contra de quien tiene la carga de

[522] Eduardo M. JAUCHEN. Ob. cit. pp. 38 y 39.
[523] Eduardo J. COUTURE. Fundamentos Derecho Procesal Civil.

probar, evitando así una sentencia inhibitoria de fondo –*non liquet*-. Que las reglas sobre la carga de la prueba presenta las siguientes características: a. Se aplica a toda clase de procesos; b. Su violación constituye una cuestión de hecho; c. Se aplica solamente a los hecho alegados y controvertidos que no estén exentos de prueba; d. Se aplica tanto en el sistema tarifado como en el de sana crítica; y e. Se aplica a lo principal y a lo incidental o accesorio.[524]

En la doctrina española comencemos con SILVA MELERO, quién refiriéndose al origen histórico de la carga de la prueba en el Derecho español que como hemos indicado en otro momentos nos legarían con la Conquista a través de las llamadas Leyes de India, en la Ley 1°, Título 14 de la Partida 3ª se estableció […] *Pertenece la prueba al demandado cuando la otra parte le negara la demanda o la cosa o el fecho sobre que le face la pregunta*.", precepto que implicó la continuación de la máxima que imponía la carga de la prueba al demandante y de la que atribuye aquella obligación a la parte que afirma; que con respecto a los hechos negativos el supuesto aparecía previsto en la Ley 2ª, del Título y Partida citada al señalar […] *de cosas señaladas en que la parte que las niega es tenuda de dar prueba sobre ella*". Para el maestro siguiendo a ROSEMBERG las reglas de la carga de la prueba es una orientación dada al juez acerca del contenido de la sentencia que debe pronunciar en el supuesto en que no pueda comprobarse la verdad de una afirmación de hecho relevante, disposición general que se considera como complemento necesario en la ordenación jurídica, que junto con las presunciones son normas sobre la carga de la prueba.[525]

Para Jaime GUASP, para quien dice que el problema de la carga de la prueba no puede ser resuelto a basa de una consideración aislada de los sujetos procesales, incumbiéndole en todo caso al actor, interpretando los antiguos aforismos según los cuales *necessitas probandi incumbit ei qui* o que *onus probandi incumbit actori*, por lo que *actore non probante, reus absolvitur*, comprendiéndose –dice- que el actor no solo debe soportarse la carga de probar que no es fundada la oposición del demandado, por lo menos en cuanto a unas de las especies más características de ésta, de manera que para conseguir ese resultado se dice que el demandado al excepcionar, se convierte en accionante: *reus in excipiendo actor fit*, donde la fórmula de la consideración aislado de los sujetos procesales pierde todo su valor. Indica el maestro español que tampoco puede considerarse en forma aislada el objeto –entendido como datos procesales a probar- para la determinación de la carga de la prueba, especialmente el carácter o no de los hechos en positivos o negativos conforme a la cual se dispensa de la carga de probar los segundos en base al adagio: *negativa sunt probanda*; descarta GUASP la consideración del carácter constitutivo, extintivo o impeditivo del hecho para determinar la carga de la prueba.

---

[524] Iván ESCOVAR FORNOS. Ob. cit. pp. 158 y ss.
[525] Valentín SILVA MELERO. Ob. cit. T. I. pp. 85 y 93.

La carga de la prueba para el precitado autor se determina en base a la situación relativa del sujeto y al tema probatorio, en la posición que el dato a probar ocupa respecto a las partes sobre las que la carga de la prueba pesa en concreto, consistiendo la carga en […] *el riesgo que corre el litigante de que el Juez no se convenza de ciertos datos procesales, no pudiendo sufrir el perjuicio la parte a quien favorezca el convencimiento del Juez sobre tal dato*.",[526] lo que significa que cada parte no solo tiene la carga de alegar los datos que le interesen, sino también y en segundo lugar de probarlos, determinándose su interés por el hecho de que el dato en cuestión funcione como supuesto de hecho de una norma jurídica cuya aplicación le interesa, lo que equivale en definitiva a señalar que cada parte soporta la carga de probar los datos que constituyen el supuesto de hecho de las normas que le sean favorables.

Para José María ASENCIO MELLADO la carga de la prueba gira alrededor de la obtención o adquisición por parte del juez del necesario convencimiento de lo alegado por las partes, introduciendo éstas los hechos en el proceso y procurando su pruebas con el fin de obtener la oportuna sentencia que les dé la razón, siendo en la sentencia –como momento estelar del proceso- donde el judicante tendrá que haber adquirido un determinado convencimiento acerca de lo pretendido o resistido, poco importando quien haya procurado la prueba en el proceso; pero el problema –indica- se presenta cuando llegado este momento existen dudas y falta de convencimiento acerca de la realidad de lo pretendido o resistido, caso en el cual y ante la inexorable obligación de decidir, es cuando cobra vigor la carga de la prueba que se define como[…] *que en un expediente que proporciona al Juez las debidas reglas a las que ha de atender para dar solución al hecho incierto y dictar en definitiva una sentencia de fondo cualquiera que sea su contenido*." Indica el maestro español que de lo dicho se extraen las siguientes características: 1. Las reglas relativas a la carga de la prueba tienen naturaleza procesal y se limitan a imponer al juez las normas que debe seguir en el proceso civil a la hora de dar solución a las situaciones de duda; 2. No son de aplicación cuando el juez ha adquirido en el momento de dictar sentencia un convencimiento determinado y ello con independencia de quien haya producido las pruebas que le han proporcionado la convicción; y 3. No tienen vigencia si el juez ha adquirido el convencimiento aunque una parte no hubiese probado aquellos hechos que hipotéticamente le correspondiera, de manera que –indica- las reglas de la carga de la prueba no constituyen un expediente sancionatorio y meramente formal, sino una solución limitada a la situación objetiva del hecho incierto.[527]

Lluís MUÑOZ SABATÉ al estudiar la carga de la prueba lo hace desde la noción del "dubio" o situación de duda, así como de dosis de prueba, conforme a la cual la situación del "dubio" no siempre supone una total falta de prueba por ambos litigantes, sino que generalmente correlaciona con un estado

---

[526] Jaime GUASP. Ob. cit. T.I. pp. 304 y 305.
[527] José María ASENCIO MELLADO. Ob. cit. T. I. pp. 159 y ss.

de insuficiencia –pequeña dosis de prueba que se refiere a la cantidad o nivel de evidencia necesaria para satisfacer la carga primaria de la prueba, entendiéndose por carga mínima de la prueba aquella que la ley atribuye a una de las partes- probática –proceso operativo, físico o mental, que desarrolla cualquier sujeto, generalmente institucionalizado, sea abogado, fiscal, detective o policía, con la finalidad de investigar y/o probar un hecho de interés para un proceso en preparación o ya activado- donde el judicante hace uso del *onus probandi*, para evitar la absolución de la instancia. Que en caso de vacilación o perplejidad se resuelve definitivamente y para siempre a través de un mecanismo legal de atribución de sus consecuencias perjudiciales a uno de los dos litigantes. De esta manera indica que el "dubio" probáticamente considerado o la duda dilemática, es un estado de la mente del juez de tomar la decisión de dar o no por probados determinados hechos y que se mueve entre dos afirmaciones disyuntivas: la del actor y la del demandado.[528]

En la doctrina italiana nos dice ROCCO que la carga de la prueba atañe a la disponibilidad de la prueba que incumbe a las partes, pero no a una parte más bien que a la otra, pues teniendo la prueba como fundamento suyo la demostración de la existencia de hechos jurídicos a los que el derecho objetivo atribuye efectos jurídicos, según que tales hechos sean elevados y asumidos por la una o por la otra parte en juicio, tales hechos deben ser probados, consecuencia de lo cual, el principio es que la carga de la prueba de distribuye indiferentemente entre el actor y el demandado.[529]

LIEBMAN dice que la regla sobre la carga de la prueba adquiere su mayor relieve al momento en que el juez ha de juzgar, pues es en éste momento donde debe sacar las consecuencias de la prueba que falte, pronunciándose en sentido desfavorable contra la parte que habría debido proporcionarla. Que la la regla sobre la carga de la prueba se resuelve al momento de la decisión en una […] *"regla de juicio", que representa la natural consecuencia, y por consiguiente la sanción de la falta de cumplimiento de la carga por obra de la parte que estaba gravada con ellos. Los dos aspectos de la regla, es decir la carga para la parte y la regla de juicio para el juez, no pueden, sin embargo, ser disociados y contrapuestos, porque son incluso estricta y lógicamente contextos entre sí, formando los dos lados y los dos momentos inseparables de una regla unitaria.*" Termina indicando que teniendo por objeto la actividad probatoria de las partes y el contenido de la sentencia del juez, es una regla procesal inspirada típica y únicamente procesal, siendo el motivo de la certeza jurídica que conduce a la necesidad de juzgar también en presencia de un hecho dudoso, donde el motivo de equilibrio entre las partes se distribuye la carga y por consiguiente el riesgo de la falta de prueba, ello en razón de la respectiva posición

[528] Lluis MUÑOZ SABATÉ. Fundamentos de Prueba Judicial Civil. L.E.C 1/2000. pp. 165 y ss. También en Curso de Probática Judicial. pp. 28, 117 y 200.
[529] Ugo ROCCO. Ob. cit. V.II. p. 200.

en el proceso y según la directiva de equidad que tiene en cuenta la dialéctica de sus intereses y la consiguiente vocación de cada una a las pruebas que la favorecen.[530]

Jean Antonio MICHELI, respecto al tema de la carga de la prueba indica que se trata de una regla de juicio dirigida al judicante, que le indica el modo como deberá sentenciar en el fondo cuando falta la prueba de los hechos que fundamentan la pretensión o excepción en cada proceso, regla que pertenece al derecho procesal y que también involucra la noción de las partes respecto al interés de aportar la prueba para no sufrir las consecuencias jurídicas cuando el juez aplique la precitada regla. Indica que […] *Al valorar la relevancia de la prueba ofrecida, el juez debe tener en cuenta una regla legal que indica cuál de las partes es la más idónea para aportar la prueba de un determinado hecho, y precisamente la regla de la carga de la prueba la cual no tiene, pues, sólo la función fundamental de evitar en todo caso un non liquen, proporcionando al juez que decide en el fondo una regla para determinar el contenido de la decisión, cuando falten (o sean considerados insuficientes) las pruebas, sino además de indicar, en el curso del proceso –y al juez que debe decidir acerca de la concreta admisión de un medio de prueba ofrecida- cuál de las partes está legitimada para ejercitar el poder procesal de aducir las pruebas*.", que […] *La regla de la carga de la prueba grava a quien quiere hacer valer un derecho en juicio con la prueba de los hechos que constituyen su fundamento; mientras quien excepciona la ineficacia de tales hechos o bien excepciona que el derecho se ha modificado o extinguido debe probar los hechos sobre los cuales la excepción se funda.*"[531]

En la doctrina alemana Leo ROSENBERG nos dice que respecto a las reglas sobre la carga de la prueba se encuentra en normas cuyo valor y esencia consiste en la instrucción dada al juez del contenido de la sentencia que debe pronunciarse, en caso en caso que no puede comprobarse la verdad de una afirmación de hecho importante, debiéndose fallar contra aquella parte que no aclaró el hecho que le incumbía justificar; que debe decidirse sobre la carga de la prueba solo al final del proceso, regularmente después de examinadas las circunstancias de hecho no discutidas, y después de la recepción de pruebas; que las normas sobre la carga de la prueba no pueden deducirse de un proceso en singlar sino que deben establecerse independientemente de todo proceso, sacándolas de las normas abstractas del derecho a aplicarse; que las normas sobre la carga de la prueba son […] *un complemento necesario de toda ley y de todo precepto jurídico, capaces de aplicarse por un juez en un litigio que debe resolver. Pues siempre es posible que el juez se quede con dudas acerca de la realización de un presupuesto necesario para la aplicación del derecho, y siempre hace falta una instrucción con respecto al modo de llegar, ello no obstante, a una sentencia sobre el fondo de la causa.*"[532]

Adolfo SHÖKE nos dice que la carga de la prueba significa la que recae sobre una parte respecto de un hecho fundamental para el proceso que desea se tome en consideración en la resolución y que ha

---

[530] Enrico Tullio LIEBMAN. Ob. cit. pp. 294 y 295.
[531] Jean ANTONIO MICHELI. La Carga de la Prueba. pp. 157 y ss. También en Curso de Derecho Procesal Civil. V. II. . 91 y ss.
[532] Leo ROSEMBERG. Ob. cit. pp. 2 y 3.

sido discutido. Dice que por regla general el problema de la carga de la prueba se presenta al momento de dictarse la sentencia definitiva, en tanto que durante el procedimiento tiene cierta importancia en cuanto al hecho que en principio solamente puede formularse la petición de que se interrogue a la parte contraria aquella a la que incumbe la prueba.[533]

Entre nosotros el profesor CABRERA IBARRA luego de asumir la definición del maestro DEVIS ECHANDÍA, nos dice que […] *la carga de la prueba constituye esencialmente la forma en la que el legislador distribuye entre las partes en un proceso el riesgo de la falta de la prueba de un hecho debatido, de manera tal que si se alegó un hecho y este es objeto de prueba y no se aporta prueba alguna que verse sobre él, entonces la consecuencia adversa de esa falta de prueba deberá soportarla la parte que tenía la carga de aportar dicha prueba.*"[534]

Para el maestro BELLO LOZANO, la carga de la prueba es una facultad esencialmente potestativa referida al interés del litigante, y redundará la gestión en su propio beneficio o utilidad y de conformidad a los lineamientos de la avanzada doctrina, debe de atenderse a la condición jurídica deducida en juicio por quien invoca el hecho enumerado y no a la cualidad de lo que se ha de probar. Que la carga de la prueba es […] *distribución que el propio legislador hace del "riesgo de la falta de prueba", de un hecho afirmado o incierto, natural es entonces concluir que el efecto o consecuencia de esa "falta de prueba" ha de recaer, en principio, sobre la parte que tenía la carga de aportarla y no lo hizo.*"[535]

Una vez que nos hemos paseado por la doctrina extranjera y propia respecto al tema tratado, ensayaremos nuestra **definición** de **carga de la prueba** de la siguiente manera: *Es una noción constitucional y procesal, que consagra una regla de juicio de carácter subjetivo y concreto, que le indica a las partes en el proceso judicial quién tiene la carga de realizar la actividad probatoria -probática- para promover los medios que llevarán las fuentes que servirán, para verificar o comprobar los hechos afirmados por las partes y controvertidos, que son el presupuesto de la norma que consagra una consecuencia jurídica constitutiva, extintiva, impeditiva o modificativa que piden en sus pretensiones o excepciones, evitando no sufrir la consecuencia procesal de la falta o insuficiencia probatoria, como lo es la duda respecto a la existencia, ocurrencia o no de los hechos afirmados o negativos y controvertidos entre las partes, que conducirá a fallar en contra de quien pesaba dicha carga o interés; e indirectamente, en forma objetiva y abstracta le indica al judicante, ante la precitada duda respecto a los hechos debatidos y que son presupuestos de las normas jurídicas que deberá aplicar por contener las consecuencias aplicables al caso, nacida de la falta o insuficiencia probatoria, cómo y contra quien fallar, lo que evitará producir una sentencia absolutoria o non liquet.* De la definición ensayada destacamos como características:

a. La carga de la prueba es una noción constitucional y procesal, la primera pues con la constitucionalización o positivación del derecho de acceso al sistema probatorio dentro del

[533] Adolfo SHÓNKE. Ob. cit. p. 206.
[534] Gabriel Alfredo CABRERA IBARRA. Ob. cit. p. 266.
[535] Humberto BELLO LOZANO. Ob. Cit. T. I. pp. 101 y 102.

marco garantista, que involucra el derecho a realizar la actividad probatoria para aportar los medios que lleven las fuentes y acreditar los hechos por comparación con los enunciados que conducen a la convicción o certeza judicial, la carga de la prueba como representación probática permitirá la obtención del fin perseguido como lo será la declaratoria favorable de la pretensión o excepción, que es la consecuencia de la carga de la explanación que se ubica en el derecho a la tutela judicial efectiva. Luego, como bien lo expresa PARRA QUIJANO el derecho a la prueba significa muchas veces que a pesar de que una parte le interesa –incumbe probar un hecho- probar un determinado hecho, la carga de demostrarlo debe soportarlo la otra parte, por estar en una situación de facilidad o disponibilidad probatoria más ventajosa –aún cuando no asuma la carga probatoria- lo que no es más la aplicación de la carga dinámica de la prueba;[536] pero también y respecto al tema penal donde la carga probatoria tiene una regla específica como consecuencia del derecho al esado de inocencia, el contenido constitucional de su distribución se conecta necesariamente con el tema constitucional, de manera que las normas jurídicas regulatorias de la carga probatoria, además de procesales encierran un serio contenido constitucional. Respecto a la noción procesal, la carga de la prueba tiene su aplicación en el ámbito procesal, regulándose –como indicamos- por normas de alto contenido constitucional y procesal, que al involucrar su carácter de orden público absoluto, interdicta en principio cualquier pacto o acuerdo que afecta su distribución –salvo las excepciones que veremos en materia de carga dinámica.-

b. La carga de la prueba involucra un aspecto o carácter subjetivo y concreto dirigido a las partes y, un aspecto o carácter objetivo y abstracto dirigido al judicante.
c. Desde la noción de las partes que y como dijimos atiende a la probática, es una regla de juicio que y conforme a la dialéctica procesal les indica, quien tiene el interés de realizar la actividad probatoria de promover los medios que llevarán las fuentes que servirán, para verificar o comprobar los hechos afirmados por las partes y controvertidos, que son el presupuesto de la norma que consagra una consecuencia jurídica constitutiva, extintiva, impeditiva o modificativa que piden en sus pretensiones o excepciones, evitando no sufrir la consecuencia procesal de la falta o insuficiencia probatoria, como lo es la duda respecto a la existencia, ocurrencia o no de los hechos afirmados o negativos y controvertidos entre las partes, que conducirá a fallar en contra de quien pesaba dicha carga o interés. Pero destacamos desde ya, que esta noción tiene su aplicación especial en materia punitiva con base al principio de estado de inocencia, donde la carga de la realización de la mínima actividad probatoria de cargo queda en cabeza del acusador,

[536] Jairo PARRA QUIJANO. Ob. cit. p. 236.

quien debe destruir la membrana de la precitada del precitado estado, de manera que ante la falta de prueba o su insuficiencia como de cargo, se mantendrá el precitado estado constitucional, lo que puede ser incluso consecuencia de la aplicación del principio de duda –*in dubio pro reo*- como regla valorativa del material probatoria aportado al proceso.

d. Desde la noción del judicante, la carga de la prueba es un sucedáneo de pruebas que como regla de juicio aplicada al momento de sentenciar, ante la duda surgida por la afirmación o negación de hechos controvertidos ausentes de prueba o con prueba insuficiente para la convicción o certeza judicial, le indicará cómo y contra quien fallar, para evitar una sentencia absolutoria o *non liquet*.

e. El fin de la carga de la prueba desde la noción de las partes es conocer quien tiene el interés de realizar la actividad probatoria para la verificación de los hechos debatidos, evitando sufrir las consecuencias de una sentencia adversa por aplicación de la regla o sucedáneo de pruebas; en tanto que la noción del judicante evitará –como indicamos- absolver la instancia.

Para terminar este punto interesa destacar las características esenciales de la regla sobre la carga probatoria, que DEVIS ECHANDÍA enuncia de la siguiente manera:

a. Las reglas sobre la carga de la prueba forman parte de la teoría general de la aplicación del derecho, pues se permite al judicante decidir sobre el fondo del asunto sobre la actuación del derecho sustancial en el caso concreto, aún ante la falta de prueba suficiente de los hechos que constituyen su presupuesto.

b. Se trata de una regla general aplicada para toda clase de proceso, lo que permite su estudio en el marco de la teoría general del derecho procesal y especialmente, del derecho probatorio; pero y aún cuando se considera una teoría de aplicación general en toda clase de procesos, hay que tener en consideración que su aplicación es diferente en el sistema de procedimiento penal donde el tema se analiza desde la noción de la presunción de inocencia como estado constitucional del imputado y acusado, junto con el *in dubio pro reo* como regla de valoración probatoria dirigida al judicante cuando existe actividad probatoria de carga, donde ante la falta de prueba o insuficiencia de la prueba de cargo en cabeza del acusador y capaz de destruir el estado de inocencia, debe sostenerse el mismo y absolver al acusado. También y respecto al sistema contencioso administrativo cuando una de las partes es el Estado, como consecuencia de sus prerrogativas procesales, el tema de la distribución de la carga probatoria tiene implicaciones especiales.

c. La carga de la prueba contiene una regla de juicio para el judicante y una pauta o regla procesal para la partes, la primera que le indica cómo y contra quien fallar cuando haya ausencia de prueba

suficiente y la segunda, que le indica a las partes quien asume el interés de acreditar los hechos con las pruebas para evitar las consecuencias desfavorables.

d. La carga de la prueba no determina quien debe llevar la prueba de los hechos al proceso, sólo quien sufre la consecuencia de la falta de prueba suficiente para el convencimiento judicial.

e. La carga de la prueba es una regla objetiva que debe tener regulación legal, aún cuando y como hemos sostenidos al tratarse de una cuestión constitucional ubicada en el derecho de acceso al sistema probatorio, su falta regulación podría sostenerse vía constitucional y garantista, de manera que y considerando que su regulación legal es necesario y aconsejable, hoy día por tener el tema carácter constitucional no vemos mayor problemática ante su falta de previsión legal. Lo dicho es fundamental por ejemplo para entender que ante la ausencia de criterios correctivos de las reglas distributivas de la carga probatoria como la facilidad y disponibilidad –cargas dinámicas- con una base constitucional perfectamente son de aplicación necesaria y obligatoria por el judicante en el proceso judicial, que le permitirá aplicar las consecuencias de la falta de prueba suficiente a aquellas partes que no asuma la carga probatoria pero que esté en una mejor posición en hacer la prueba, como en los casos de simulación, de responsabilidad y enfermedades médicas, daños, en materia de servicios públicos, en materia de bienes de consumos –protección al consumidor- propaganda engañosa, responsabilidad de consumidores, protección de consumidores, contratos bancarios y financieros, tarjetas de crédito, seguros, accidentes laborales, condiciones de contratación, discriminación, entre otros.

f. Su aplicación constituye una cuestión de derecho, de manera que su infracción importa un vicio de juzgamiento puro, cuando por ejemplo invierte indebidamente la carga probatoria haciendo recaer la misma sobre quien no pesa tal interés o cuando la aplica existiendo en el proceso pruebas suficientes; más eventualmente el tema puede conectarse con la cuestión fáctica que permite el enjuiciamiento del asunto por infracción indirecta de la norma jurídica, cuando por ejemplo da por cierto un hecho por considerarlo eximido de prueba y no lo está, también cuando lo da por acreditado por estricta legalidad o por máximas de experiencia y lo cierto es que requiere de prueba.

g. La carga de la prueba es una regla sustitutiva de la prueba suficiente, esto es, es un sucedáneo de pruebas y por tanto dependerá –su aplicación- de la ausencia de prueba suficiente.

h. La regla de la carga probatoria aplica para los hechos enunciados o afirmados por las partes como fundamento de sus pretensiones, que tengan carácter de controvertidos y que no estén eximidos de prueba, vale decir, que recae sobre el *thema probandum* en cada proceso judicial.

i. El tema de la carga de la prueba aunque se extiende su influencia a lo largo de todo el proceso –especialmente desde la noción de las partes- su mayor importancia se ubica al momento del dictado de la sentencia judicial, sin perjuicio de su aplicación en decisiones interlocutorias al presentarse incidencias procesales.
j. La carga probatoria es aplicable cualquiera sea el tipo de procedimiento –escrito u oral- y cualquiera sea el sistema de valoración acogido –tarifa legal, sana crítica o mixto-.
k. Es una noción compleja pues comprenderá su aspecto tanto subjetivo y concreto como objetivo y abstracto.

3. ASPECTOS DE LA CARGA DE LA PRUEBA.

Dadas algunas definiciones sobre la carga de la prueba y ensayada nuestra definición sobre el tema, observamos que la carga probatoria presenta dos aspectos: uno subjetivo y concreto y otro objetivo y abstracto. Veamos cada una.

a. Aspecto subjetivo y concreto.

La carga de la prueba contempla un **aspecto subjetivo**, al tratarse de una norma de conducta para las partes que les señala, cual de los hechos afirmados o negados como fundamentos de sus pretensiones al ser el presupuesto de las normas que consagran las consecuencias jurídicas peticionadas, interesa que sean probadas en cada proceso –interés- a fin de obtener una decisión favorable a sus pretensiones o excepciones, no obstante dejarlas en libertad de hacerlo, de donde se deduce la distribución de la carga de la prueba. Se trata de la "probática" en cabeza de las partes, tanto en la cuestión fáctica como en la cuestión probatoria, la primera de enunciar los hechos institucionales y de contenido o identificación normativa; la segunda en la búsqueda de las fuentes que sirvan para acreditarlo por comparación y su producción en el proceso a través de los diferentes medios, lo que obedecerá a la estrategia diseñada por las partes.

Como expresa PARRA QUIJANO,[537] quien prepara la demanda sabe de antemano cuales son los hechos que le interesa que aparezcan demostrados en el proceso, para poderse alzar con la victoria, circunstancia ésta que también se traslada al demandado, quien al ejercer su defensa sabe que hechos tiene interés de demostrar en el proceso para enervar la pretensión del accionante, pues de no existir pruebas en el proceso, se activará el carácter o aspecto objetivo de la carga de la prueba donde el operador

[537] Jairo PARRA QUIJANO. Ob. cit. pp. 242 y ss.

de justicia, aplicando el principio de autorresponsabilidad fallará contra aquella parte que no demostró el hecho concreto que activaría la norma jurídica contentiva de la consecuencia jurídica que haría coronar con éxito la pretensión o excepción.

De esta manera el aspecto subjetivo de la carga de la prueba, le indica a cada una de las partes en la dialéctica procesal, los hechos que interesan ser demostrados para que la sentencia del órgano jurisdiccional acoja la pretensión o la excepción, hechos -afirmaciones o negaciones- que sirven de presupuesto de la norma jurídica que consagra la consecuencia constitutiva, extintiva, impeditiva o modificativa que les interesa y que ha sido solicitada, pues son los hechos alegados y demostrados en el proceso, los que deberán tenerse como establecidos y fijados –premisa menor del silogismo judicial- que habrán de subsumirse en la norma jurídica –premisa mayor- para producir la consecuencia que en definitiva resuelva el conflicto judicial.

Pero el aspecto que estudiamos también contempla una noción **concreta**, al determinar en cada caso específico –desde el aspecto subjetivo y en relación con las partes- los hechos -afirmaciones o negaciones- particulares que en cada proceso interesa demostrar a cada parte, conforme al asunto sustancial debatido y a la situación sustancial de cada una, entre los numerosos hechos que generalmente pueden ser objeto de prueba judicial y los varios que constituyen el tema de la prueba en cada proceso, de manera que el "objeto" de la prueba son los hechos, en el sentido que cualquier clase de hechos pueden ser susceptibles de ser demostrados en el proceso, más en cada caso en particular o concreto, cuando de habla de "tema" de la prueba, se refiere a los hechos controvertidos –afirmados o negados por las partes y discutidos- en cada caso en particular que requieren ser acreditados en el proceso, bien como interés del actor para alzarse con el triunfo, o bien como interés del demandado para arrebatarle el triunfo al accionante, por lo que la carga de la prueba igualmente contempla un aspecto concreto, donde se determina qué hechos en específicos han sido debatidos en el proceso, mantienen su carácter de controvertidos y son el blanco de la probanza o sobre la cual recaerá la actividad probática y probatoria para establecer la premisa menor que debe tener como fijada el juzgador y posteriormente aplicar la norma jurídica pertinente al caso.

b. Aspecto objetivo y abstracto.

La carga de la prueba contempla un **aspecto objetivo**, pues implica una regla de juicio conforme a la cual, cuando falta la prueba de los hechos –afirmaciones o negaciones- controvertidos en que se fundamenta o basa la controversia o bien cuando la prueba de tales hechos es insuficiente para la certeza judicial, el juez debe proferir una sentencia de fondo desfavorable para quien tenía la carga de

suministrarla, aplicando la consecuencia de la falta de prueba a aquella parte que tenía el interés de aportar la prueba de los hechos que sirven de presupuesto de la norma jurídica que consagra la consecuencia constitutiva, extintiva, impeditiva o modificativa que ha solicitado y que le favorece. Luego, una de las características fundamentales de los procesos de corte dispositivo –salvo el caso penal y eventualmente contencioso administrativo- es que sobre las partes no sólo gravita la carga de las afirmaciones, es decir, la carga de suministrar los hechos que serán objeto de la controversia judicial, sino también la carga probática y probatoria –principio de aportación de parte- pues es a ellas a quienes les interesa demostrarle al judicante la verdad o no de los hechos alegados y rechazados en la dialéctica procesal –hechos controvertidos- lo cual se traduce en que el problema de la carga de la prueba, no se produce en aquellos casos en que la prueba de los hechos se encuentra acreditada en autos en forma suficiente, sino en aquellos casos en que los hechos han sido afirmados en la litis, rechazados y no demostrados o demostrados en forma insuficiente, situación ésta que activa el aspecto objetivo de la carga de la prueba, donde se le otorga al juez una regla de juicio que le indicará contra quien fallar, por no haber aportado la prueba de los hechos que servían de fundamento de la norma que contenía la consecuencia jurídica solicita, evitándose de esta manera la producción de una sentencia inhibitoria, que absuelva la instancia y deje el litigio vivo y huérfano de solución –*non liquet*-.

La importancia del aspecto objetivo de la carga de la prueba, radica en el hecho de contemplar la fórmula o guía a utilizar por los judicantes para resolver el problema judicial, en aquellos casos en que no cursan en autos y de manera suficiente las pruebas demostrativas de la verdad o falsedad de los hechos sometidos al criterio jurisdiccional, la cual se activa –regla de juicio- cuando los hechos controvertidos no han sido acreditados mediante la actividad probatoria.

En su **aspecto abstracto**, la carga de la prueba es una regla de juicio general y aplicable en cualquier clase de proceso, perteneciente a la teoría general del derecho probatorio, a través de la cual el judicante en cualquier clase de proceso judicial, sin atender a su naturaleza, contenido o materia –salvo el caso penal y contencioso administrativo- podrá emitir una decisión judicial de fondo que resuelva el tema debatido mediante la aplicación de la ley en cada caso concreto, evitando una sentencia absolutoria, fallando contra quien no aportó la prueba o lo hizo de manera insuficiente, cuando tenía el interés de producirla y no lo hizo, salvo los casos de cargas dinámicas a las que nos referiremos en su oportunidad.

4. NOCIÓN DE LA CARGA DE LA PRUEBA.

El estudio de la carga de la prueba como regla de juicio tanto para el judicante como para las partes, debe ser analizado desde estas dos nociones, pues cada una opera de manera diferente tal y como lo hemos señalado y así tenemos.

a. Noción del judicante.

Ya hemos dicho que son las partes en el proceso, quienes tienen no solo la carga de la explanación de los hechos que son presupuesto de las normas contentivas de las consecuencias jurídicas perseguidas, lo que se hace a través de los enunciados de hecho institucionales con identificación normativa, sino que también asumen una carga probatoria, de aportar las fuentes por los medios de prueba que servirán para verificar los hechos por comparación y conducir a la certeza o convicción judicial, para que el judicante puede convencerse acerca de alguna de las versiones disyuntivas y controvertidas explanadas por las partes en la dialéctica procesal, pudiendo en consecuencia acoger o no alguna de las tesis expuestas, siempre que produzcan las consecuencias jurídicas contenidas en las normas jurídicas y que hayan sido solicitadas correctamente por las partes. De esta manera cuando existen pruebas suficientes demostrativa de los hechos controvertidos, el juez sólo se limitará a valorar o analizar las mismas emitiendo su pronunciamiento en atención a la prueba de los hechos afirmados o negados, bien declarando procedente la reclamación accionante por existir prueba de los hechos que originan el derecho reclamado, bien declarando improcedente la misma por no existir el derecho que se pretende, no obstante a la existencia de las pruebas de los hechos, bien por existir prueba de los hechos que extinguen, modifican o invalidan los hechos que sirven de fundamento del derecho reclamado por el peticionante, por lo que llegado el momento final del proceso, el momento que el operador de justicia debe pronunciarse sobre el derecho reclamado, pueden presentarse tres escenarios:

a. Que los hechos afirmados o negados por las partes como fundamento de sus pretensiones o excepciones existió, en el sentido que sobre ellos la actividad probatoria ha producido certeza, caso en cual el juez dará los hechos por demostrados y declarará las consecuencias jurídicas pedidas y previstas en la norma de la que los hechos son supuesto fáctico.
b. Que los hechos afirmados o negados por las partes como fundamento de sus pretensiones o excepciones no existió, lo cual se produce cuando exista prueba en el proceso de la inexistencia de los hechos aducidos por cualquiera de las partes, donde el judicante declarará que no habrá lugar a las consecuencias jurídicas pedidas y previstas en las normas jurídicas de la que los hechos eran supuesto fáctico.
c. Que el hecho afirmado o negado por las partes como fundamento de sus pretensiones, no lleguen a ser demostrados en el proceso, no exista certeza sobre su existencia o no, incluso que producidas las pruebas las mismas fueran insuficientes para demostrar tales hechos, casos en los cuales el operador de justicia deberá igualmente emitir una sentencia que acoja o desestime la

pretensión del accionante, sin que le sea permisible absolver la instancia o dejar de pronunciarse, so pretexto de falta de pruebas.

En los primeros dos escenarios obsérvese que no existe problemática alguna, pues en autos existen pruebas de la existencia o inexistencia de las afirmaciones o negaciones de hechos controvertidos en el proceso, lo cual guiará al juez a dictar una sentencia donde dé la razón al accionante, en caso de existir certeza o prueba del hecho que concreto que sirve de fundamento del supuesto fáctico y abstracto de la norma jurídica contentiva de la consecuencia jurídica solicitada y que le favorece; o donde dé la razón al demandado en caso de existir certeza o prueba de la inexistencia del hecho concreto que sirve de fundamento del supuesto fáctico y abstracto de la norma jurídica contentiva de la consecuencia jurídica solicitada y que le favorece, o bien por existir prueba de tal hecho y no obstante se hubiese pedido una consecuencia jurídica no consagrada en la norma jurídica, o bien por existir prueba del hecho que extinga, modifique, altere o invalide al hecho constitutivo afirmado por el actor, en otros términos, prueba de los hechos excepcionados en la contestación de la demanda.

Pero en relación al tercer escenario, cuando el problema no es que en el proceso cursen pruebas que al ser analizadas o valoradas por el juez, arrojen la demostración de la existencia o no de los hechos que originan el derecho reclamado o la defensa ejercida, sino que por el contrario, en el proceso solo exista la afirmación o negación de hechos afirmados por las partes, incluso controvertidos, pero ninguno de los sujetos procesales haya desplegado su actividad probática y probatoria –principio de aportación de parte- para allegar al proceso la prueba de la existencia o no de los hechos discutidos o bien que las pruebas propuestas y evacuadas no fueran suficientes, idóneas o conducentes para la demostración de los hechos discutidos. En éste último escenario la problemática se centra en determinar a favor de quien debe fallar el judicante, pues como se ha señalado en otra oportunidad el único elemento que le permitirá al operador de justicia dictar una sentencia justa –con justicia- donde determine cual de las versiones discutidas en el proceso es la real y que debe acoger, es mediante el análisis y valoración del material probatorio aportado a la causa, ya que de no existir pruebas hay que preguntarse ¿cómo podría el juez en puridad de verdad saber, si los hechos narrados por el actor o por el demandado son los ciertos?

Es en éste momento del dictado de la sentencia, cuando no existiendo pruebas sobre las cuales el operador de justicia pueda desplegar su actividad valorativa, incluso cuando existiendo material probatoria el mismo no es suficiente para el convencimiento judicial, a lo que se suma el hecho de no estar eximido de prueba los hechos debatidos, que el judicante debe acudir al sucedáneo de pruebas como lo es la regla de juicio determinativa de la distribución de la carga probatoria, que evitará una sentencia inhibitoria o absolutoria de la instancia –*non liquet o not proven*- pues dejaría activa la problemática plantada que viciaría de nulidad el fallo proferido, por lo que desde este plano la carga de la prueba será la única

fórmula, vía, guía o norte que orientará al juez para emitir el fallo donde acoja o no la pretensión deducida. Desde la perspectiva del operador de justicia, *la carga de la prueba será aquella regla de juicio que le indicará como y contra quien deberá sentenciar, cuando en el proceso solo existan afirmaciones o negaciones de hechos controvertidos huérfanas de material probatorio suficiente que demuestre su existencia, donde aquella parte a quien le favorecía la consecuencia contenida en la norma jurídica a la cual se subsumiría el hecho concreto y controvertido en el proceso cuya prueba debía haberse producido en autos y no se hizo, será a quien sufrirá las consecuencia procesales de esa falta de prueba suficiente, salvo que la contraparte se encuentra en una situación jurídica de facilidad o disponibilidad probatoria que por igualdad y por lealtad procesal, conforme a los criterios constitucionales y garantistas –cargas dinámicas- que corrijan las reglas distributivas de la carga probatoria, pueda fallar contra quien no tenía la carga probatoria.*

MONTERO AROCA al respecto nos dice que las reglas de la carga de la prueba desde el punto de vista del juez, no tratan de modo directo, de determinar *a priori* qué hechos deben ser probados por cada parte, sino que pretende decirle al judicante qué debe hacer cuando la afirmación de un hecho no haya sido probada de manera suficiente, fijando las consecuencias de la falta de prueba que como indica ROSENBERG, la teoría de la carga de la prueba es la teoría de las consecuencias de la falta de prueba, de manera que llegado el momento de dictar sentencia, ante la ausencia de material probatorio o ante su insuficiencia, el juez debe decidir cual de las partes debe sufrir la consecuencia de la falta de prueba.[538]

b. Noción de las partes.

Conforme a la noción de las partes la carga de la prueba constituye una regla de conducta procesal que le indica indirectamente a los sujetos contendores en la arena judicial, a quien le interesa demostrar los hechos controvertidos en el proceso para que el judicante acoja su versión, lo que parte de la premisa que en el marco del proceso regido por el principio dispositivo –salvo sus excepciones- son las partes quienes tienen la carga de la explanación –afirmación o enunciado- de los hechos que son el presupuesto de las normas que contienen las consecuencias jurídicas que le benefician y persiguen, así como de su prueba mediante la actividad probática y probatoria de aportación de las fuentes por conducto de los medios para en definitiva procurar la convicción judicial mediante un sistema de comparación con las enunciados fácticos debatidos.

Pero como se hemos dicho en otro momento, no todos los hechos debatidos en el proceso son tema de la actividad probatoria, pues para que los mismos puedan y tenga que ser demostrados en el proceso se requiere que una vez contestada la demanda, sigan manteniendo el carácter de controvertidos

---

[538] Juan MONTERO AROCA. La Prueba en el Proceso Civil. pp. 56 y ss. Igualmente Derecho Jurisdiccional II. pp. 264 y ss.

y no estén eximidos de prueba, cuando por ejemplo son aceptados en forma expresa o tácita al momento de producirse la contestación de la demanda, sean notorios, negativos o afirmativos absolutos, evidentes, presumidos por la ley, entre otros. En este orden de ideas la regla general en materia probatoria respecto a los hechos, es que previamente hayan sido enunciados como fundamento de las pretensiones o excepciones, que sean debatidos o controvertidos y no eximidos de prueba, de manera que al quedar trabada la litis y al determinarse la distribución de la carga probatoria, las partes tienen el interés de realizar la actividad probatoria que permita su acreditación para evitar sufrir los perjuicios o consecuencias procesales de su falta o insuficiencia de prueba, como lo será la sentencia adversa por aplicación del sucedáneo de pruebas, donde igualmente entran en juego las reglas correctivas de las reglas distributivas –cargas dinámicas- que permitirán afinar su aplicación en base a la disponibilidad y facilidad probatoria respecto a aquella parte que no asume en principio la carga de probar.

5. FUNDAMENTO E IMPORTANCIA DE LA CARGA DE LA PRUEBA.

El **fundamento** de la carga de la prueba igualmente se estudia desde la posición del juez y de las partes: desde la primera la carga de la prueba constituye aquella regla de juicio que permite al juez fallar cuando no existan pruebas suficientes de los hechos enunciados por las partes como fundamento de sus pretensiones o excepciones y controvertidos, lo que igualmente representa su **importancia** al evitar la absolución de la instancia mediante la aplicación de este sucedáneo de pruebas. Desde la posición de las partes, el **fundamento** de la carga de la prueba consiste en indicarle indirectamente a ellas, qué hechos tienen interés en acreditar si pretenden salir victoriosos en el proceso, lo que igualmente representa su **importancia** al permitirles conocer que de no cumplir con su actividad probatoria y salvo que la ausencia de facilidad y disponibilidad, obtendrán una sentencia adversa a sus intereses.

Al tratar el tema nos dice DEVIS ECHANDÍA que […] *La carga de la prueba es, por consiguiente una medida imprescindible de sanidad jurídica y una condición sine qua nom de toda buena administración de justicia*.”, […] *es la guía imprescindible y fundamental del juzgador en la solución de los litigios, que orienta su criterio en la fijación de los hechos que sirven de base a su decisión; "sustrae el derecho al arbitrio de la probabilidad y lo coloca bajo la égida de la certeza."*[539]

6. DISTRIBUCIÓN DE LA CARGA DE LA PRUEBA. TESIS DOCTRINARIAS.

En el proceso es determinante saber a quien corresponde la prueba de los hechos –afirmados o negados- controvertidos, a cual de las partes corresponde la carga de la prueba de los hechos que son enunciados

---

[539] Hernando DEVIS ECHANDÍA. Ob. cit. T. I. p. 450.

y que son presupuesto de las normas contentivas de las consecuencias jurídicas perseguidas, para de ésta manera precisar aquella parte a quien favorecerá o desfavorecerá el convencimiento del juez sobre los hechos debatidos, pues generalmente al producirse la traba de la litis como consecuencia bien de la contestación de la demanda e incluso de su ausencia –salvo casos penales y contencioso administrativos- además de los efectos procesales de abrirse el lapso probatorio y de determinarse los hechos que mantendrán o no su carácter controvertido –salvo eximentes de prueba- se determinará la carga probatoria, ello atendiendo a un conjunto de factores que van desde la posición de las partes en el proceso, respecto a la consecuencia jurídica prevista en la norma de la cual es presupuesto el hecho enunciado por las partes y debatido, el carácter de los hechos, su afirmación o negación, entre otras nociones y que incluyen la disponibilidad y facilidad probatoria como criterios correctivos de las reglas sobre la carga probatoria.

De esta manera el problema más complejo en materia de carga probatoria como sucedáneo de pruebas, junto con la comprensión de su noción es precisamente las reglas determinantes de su distribución, pues al final del proceso judicial cuando el judicante haya de sentenciar, al encontrar ausencia de material probatorio suficiente y tener que aplicar la noción procesal que contiene la regla de juicio que estudiamos, deberá conocer e identificar la fórmula distributiva de la carga que le permitirá fallar contra aquella que tenía el peso de la prueba, para evitar así una indebida aplicación de las reglas distributivas que en definitiva no es más que una "inversión de la carga probatoria" por errática aplicación al hacer recaer la carga y su consecuencia sobre aquella parte que no la soportaba, bien por aplicar indebidamente la distribución o por aplicarla desconociendo sus criterios correctivos. Dicho esto y para abordar el estudio de las diferentes teorías que han pretendido justificar las reglas distributivas de la carga probatoria y el riesgo de la falta de prueba suficiente, seguiremos lo dicho por el maestro colombiano Hernando DEVIS ECHANDÍA[540] que completaremos con los estudios de CHOVENDA,[541] ROCCO,[542] ALSINA,[543] PALACIO,[544] PARRA QUIJANO,[545] SILVA MELERO,[546] GUASP,[547] MONTERO AROCA,[548] ASENCIO MELLADO,[549] entre otros.

[540] Hernando DEVIS ECHANDÍA. Ob. cit. T. I. pp. 453 y ss.
[541] Guiseppe CHIOVENDA. Ob. cit. T. III. pp. 76 y ss.
[542] Ugo ROCCO. Ob. cit. T. II. pp. 200 y ss.
[543] Hugo ALSINA. Ob. cit. T. III. pp. 265 y ss.
[544] Lino Enrique PALACIO. Ob. cit. T. IV. pp. 364 y ss.
[545] Jairo PARRA QUIJANO. Ob. cit. pp. 233 y ss.
[546] Valentín SILVA MELERO. Ob. cit. T. I. pp. 96 y ss.
[547] Jaime GUASP. Ob. cit. T. I. pp. 304 y ss.
[548] Juan MONTERO AROCA. Ob. cit. pp. 53 y ss.
[549] José María ASENCIO MELLADO. Ob. cit. T. I. pp. 160 y ss.

6.1. Tesis que impone la carga de la prueba al actor, pero que le da tal carácter al demandado que excepciona.

La misma se fundamenta en las máximas latinas provenientes del derecho romano que expresan: *"onus probandi incumbit actori o necesitas probandi incumbit ei qui agit, o actore nom probante, reus est absolvendus, y reus in excipiendo fitactor, reus in excipiendo actor est"*, esto es, *"onus probandi incumbit actori"*: al demandante le incumbe el deber de probar los hechos en que se fundamenta su acción; *"reus in excipiendo, fit actor"*: el demandado cuando excepciona o se defiende, se convierte en demandante para el efecto de tener que probar a su turno los hechos en que fundamenta su defensa; *"actore non probante, reus absolvitur"*: el demandado ha de ser absuelto de los cargos o acción del demandante, si éste no logró en el proceso demostrar los hechos constitutivos de su demanda.

En esta tesis es al actor a quien corresponde la carga de demostrar todos lo hechos –afirmaciones o negaciones- que son el fundamento de su pretensión y cuando al demandado excepciona, se considera que actúa como actor y asume la carga probatoria de todos los hechos expuestos en su contestación, lo que de manera ilógica e injusta deja en cabeza del accionante todas las pruebas de los hechos que no solo dan nacimiento al derecho sino a los que lo extinguen, modifican o impiden y que puedan ser excepcionados por el demandado. Esta tesis recibe sus críticas basadas en las siguientes argumentaciones:

a. No puede el actor asumir la carga de los hechos constitutivos y paralelamente asumir la carga de probar los hechos de ausencia o inexistencia de los hechos de excepción que exponga el demandado, bien sean constitutivos, extintivos, impeditivos o modificativos.
b. No se toma en consideración que existen hechos afirmados o negados por las partes que no son objeto y tema de la prueba judicial, como es el caso de los hechos eximidos de prueba por ser notorios, afirmaciones y negaciones indefinidas, presumidos por la ley, aceptados o confesados expresa o tácitamente por las partes, inverosímiles, que aún siendo alegadas y debatidos no pueden ser probadas.
c. Tampoco se toma en consideración que existen hechos afirmados o negados que aún traídos a los autos no son tema de la prueba como son los casos de los hechos impertinentes, irrelevantes, imposibles, evidentes, inconducentes.
d. El demandado no puede ser considerado como actor cuando excepciona, dado que el mismo –demandado- no ejerce un derecho de pretensión sino de excepción.
e. No siempre el demandado que excepciona asume carga probatoria, ya que existen hechos exceptivos que se encuentran exentos de prueba, cuando son notorios, impertinentes, irrelevantes, inconducentes, imposibles, afirmaciones o negaciones indefinidas e incluso, el

hecho exceptivo puede estar fundado en el mismo hecho constitutivo del actor, como sucede con el caso de la prescripción –hecho extintivo- o de la nulidad del contrato –hecho invalidativo-.

f. Resulta errado distribuir la carga de la prueba en función a la posición de las partes en el proceso, pues debe tomarse en consideración la naturaleza de los hechos, la posición de las partes con relación al efecto jurídico previsto en la norma legal, a lo que se suma el hecho de los modernos criterios correctivos de las reglas distributivas.

Consecuencia de lo expresado es por lo que resulta imposible considerar esta tesis como regla general para distribuir la carga de la prueba, al ser incorrecto denominar actor al demandado que excepciona y al hacer radicar la carga de la prueba en cabeza de la parte accionante o demandada, por su simple condición dentro del proceso, dado que los hechos que en el transcurso del proceso se van afirmando o negando la distribuyen alternativamente, respecto a la naturaleza y posición en relación a las normas legales invocadas, por lo que resulta ilógico dejar siempre en cabeza del actor la carga de la prueba, a lo que se suma el hecho de no tomarse en cuenta la naturaleza de los hechos como los extintivo, impeditivos o invalidativos y modificativos que pueda oponer el demandado en su contestación y de existir hechos que no requieran ser demostrados o están exentos del tema de la prueba, sean notorios, negaciones o afirmaciones absolutas e indefinidas, hechos presumidos, entre otros.

6.2. Tesis que impone la carga de la prueba a quien afirme y que exime de ella a quien niega.

Esta tesis igualmente encuentra su fundamento en la máxima proveniente del Derecho Romano: *ei incumbit probatio qui dicit, nom qui negat; affirmati non neganti incumbit probatio; o negativa non sunt probanda,* donde se traslada el criterio de distribución de la carga de la prueba, de la condición procesal de la parte –demandante o demandada- al objeto de la prueba, según sea una afirmación o una negación, esta última que como indica PALACIO refiriéndose a las máximas romanas que sólo son válidas, en cuanto se refieran a mera negativa o desconocimiento por cualquiera de las partes, de los presupuestos de hecho de los cuales el adversario pretende derivar un efecto jurídico favorable a su posición procesal, indicando que resultan inaplicables en cambio, en todos aquellos casos en que una norma erige a un hecho negativo en presupuesto de un efecto determinado, pues cuando ello ocurre no media razón válida alguna para dispensar de la carga de la prueba a la parte que invoque un hecho de ese tipo como fundamento de una pretensión o de una oposición, ya que la única variante que se presenta en esta categoría de hechos reside en la circunstancia de que no son susceptibles de prueba directa sino que se infieren a través de la demostración de la existencia de hechos positivos contrarios que desvirtúen la negación, lo que tiene su

base en la facilidad de la demostración de la proposición positiva frente a la negativa que como tal no significa que lo negativo no deba o pueda probarse.[550]

ROCHA ALVIRA por su parte nos dice, que resulta obvio que mal puede estar excusada la prueba de las negaciones de hechos, cuando la negación es de mera forma gramatical, equívoco que se despejaría al redactar la proposición en forma positiva, tal como ocurre si niega la capacidad jurídica, que involucra la afirmación de la incapacidad y la debo probar; si niego la buena calidad de una mercancía, afirmo determinada mala calidad, casos estos donde la negación involucra una afirmación. Pero –indica el maestro colombiano- existen otras negaciones que no pueden ser acreditadas, por su carácter indefinido que no involucra una proposición positiva, tal como lo afirma LESSONA al expresar […] *La imposibilidad de la prueba del hecho negativo indefinido, no deriva de su carácter negativo, sino de su carácter indefinido. Los hechos positivos indefinidos tampoco se pueden probar*."[551]

Sin perjuicio de lo señalado la teoría en comento es criticada en base a los siguientes argumentos:

a. La negación o afirmación de los hechos resulta una simple modalidad, ya que es lo mismo negar la existencia de un hecho que afirmar su inexistencia –afirmar lo negativo o negar lo positivo- todo lo cual crea inseguridad y ambigüedad.
b. Existen afirmaciones de hecho que no pueden ser demostradas y no son objeto o tema de la prueba, como es el caso de las afirmaciones indefinidas; pero igualmente, existen negaciones que no pueden ser probadas y que no son tema de la prueba, como las negaciones indefinidas.
c. Existen por otro lado negaciones definidas que sí son tema de la prueba judicial, donde la carga probatoria en algunos casos, según la dificultad probatoria y conforme a la política legislativa, corresponde a quien las haga o a quien las pretenda desvirtuar mediante la prueba del hecho positivo en contrario.
d. Esta tesis no toma en consideración que existen hechos afirmados o negados por las partes que no son objeto o tema de la prueba judicial, como los hechos notorios, impertinentes, irrelevantes, inconducentes, presumidos por la ley, entre otros.
e. No se tomado en consideración la naturaleza constitutiva, extintiva, impeditiva y modificativa de los hechos.
f. No es tomado en consideración la posición de las partes en el proceso con relación al efecto jurídico previsto en la norma legal.

---

[550] Lino Enrique PALACIO. Ob. cit. T. IV. pp. 372 y ss.
[551] Antonio ROCHA ALVIRA. Ob. cit. pp. 67 y ss.

g. No se toma en consideración en base a las nuevas tendencias los criterios correctivas de las reglas sobre distribución de carga probatoria.

Este sistema de distribución de la carga de la prueba resulta circunstancial y ambiguo, incluso inseguro, pues un mismo hecho puede ser afirmativo para una parte y negativo para la otra, como sucede en los casos donde una parte afirme la ocurrencia de un hecho –la deuda- y la otra la niegue –que no existe tal deuda- lo que hace insuficiente esta posición para determinar la distribución de la carga de la prueba.

6.3. Tesis que impone al demandante la carga de la prueba de los hechos en que fundamenta sus pretensiones y al demandado los que fundamenta sus excepciones.

Es defendida por el maestro italiano Francisco RICCI al señalar que la necesidad de la prueba surge en juicio siempre que un hecho presentado como base de la demanda o de la excepción, se contradice por la otra parte, pues si el hecho que enuncia una parte la otra no la contradice, nada habrá que probar, pues la prueba es un medio encaminado a resolver una contienda sobre los hechos y no hay necesidad de acudir a semejante medio cuando tal contienda no existe. Expone que […] *Una vez afirmado el hecho por una parte y negado por la otra, ¿a quién incumbe probar? Se tiene por regla general que el peso de la prueba recae sobre quien afirma el hecho y no sobre quien niega. Entendemos que el principio regulador del peso de la prueba no debe plantearse en estos términos, no del todo exacto. El peso de la prueba, a nuestro modo de ver, no puede depender de la circunstancia de negar o afirmar un hecho, sino de la obligación que se tiene de demostrar el fundamento de cuanto se pretende en juicio, dado que ninguna demanda no excepción alguna puede prosperar en juicio si no se demuestra. El principio, por tanto regulador del deber de probar, debe formularse de este modo: Quienquiera que sienta como base de su demanda o excepción, la afirmación o la negación de un hecho, está obligado a suministrar la prueba de la existencia o de la no existencia del hecho, toda vez que, sin esta demostración, la demanda o la excepción no resulta fundada y el juez no puede admitir demandas o excepciones infundadas.*”[552]

Como puede apreciarse de la teoría del maestro italiano cada parte asume la carga de demostrar las afirmaciones o negaciones de hecho en que basa su pretensión o excepción, la cual es criticada en base a los siguientes argumentos:

---

[552] Francisco RICCI. Tratado de Pruebas. T. I. pp. 87 y ss.

a. Se señala que nada se aporta al debate sobre la problemática de la distribución de la carga de la prueba, resultando igual a la tesis de exigir al actor la carga de la prueba de las afirmaciones o negaciones y donde se le otorga tal carácter -actor- al demandado que excepciona.
b. No se resuelva la problemática de los hechos exentos de prueba, como los notorios, las afirmaciones o negaciones indefinidas, los irrelevantes, impertinentes, inconducentes, así como los presumidos en forma indesvirtuable por la ley.
c. No se resuelve el problema de la posición de las partes en el proceso y de su posición con relación a la consecuencia jurídica de la norma.
d. No se resuelve el problema de la naturaleza constitutiva, extintiva, impeditiva o modificativa de los hechos que puedan afirmar o negar las partes en el proceso judicial.

En definitiva se trata de una teoría distributiva que no es suficiente como regla de procesal y de juicio determinante de la carga de la prueba.

6.4. Tesis de lo normal y de lo anormal.

Descansa en el fundamento que quien afirma lo normal no asume carga probatoria, más quien alegue lo anormal asume la carga de probar dicha anormalidad, por lo que el actor tendría la carga de probar los hechos anormales en que fundamenta su pretensión, bien sean constitutivos, extintivos, impeditivos, invalidativos o modificativos y el demandado, tendría la carga de probar todos aquellos hechos anormales en que fundamentara su excepción.

SILVA MELERO al tratar esta teoría nos indica que conforme a este punto de vista no se debe probar lo que es normal y puede presumirse, sino lo que es anormal; que […] *Por ello, normalmente la manifestación de voluntad, al considerarse normalmente seria, no obligará al actor a probarla, sino al demandado a demostrar la hipótesis anormal inversa, por ejemplo, la broma o la simulación, así como también, porque el consentimiento es libre, es la falta de libertad la que debe ser probada, demostrando la ocurrencia del hecho de la violencia o del engaño, y en el mismo criterio de la normalidad se basa la de la contuinidad de las situaciones y de la conformidad al Derecho entre otras.*[553]

Esta teoría es criticada en base a los siguientes argumentos:

a. Que la misma resulta totalmente ambigua, caprichosa y subjetiva, incluso cambiante e indeterminada, pues no existe un parámetro legal y lógico para determinar qué es lo normal o lo anormal, lo cual varía según la política, la cultura, la época, la sociedad, la educación, pues a modo de ejemplo podríamos decir que lo normal es que nuestro sistema de justicia funcione, siendo

[553] Valentín SILVA MELERO. Ob. cit. T.I. pp. 99 y ss.

esto realmente lo anormal o que, lo normal sería que el deudor pague sus deudas, pero en nuestra sociedad, lo normal es que no la cancele, ejemplos éstos que nos permiten afirmar que no existe un criterio serio y definido sobre lo normal o anormal, siendo un concepto totalmente indeterminado y subjetivo que pueda ser producto de la arbitrariedad.

b. Como en las tesis anteriores no se resuelve el problema de los hechos exentos de prueba, de la posición de las partes en el proceso y con relación a la consecuencia jurídica de la norma.

6.5. Tesis que impone la prueba a quien pretende innovar.

Esta es una posición idéntica a la adoptada por la tesis de la normalidad, que consiste en dejar en cabeza de quien pretende innovar la carga de la prueba de tal innovación, pues la misma no es otra cosa que la anormalidad de las situaciones jurídicas consagradas en la Ley, siendo aplicable a esta tesis las mismas críticas expuestas a la anterior, como son que resulta totalmente caprichoso y subjetivo el criterio de determinación de distribución de carga probatoria en función a lo que es o no innovador, correspondiéndole al actor la carga de probar los hechos novedosos o innovadores cuando en ellos se fundamente su pretensión, bien sean de carácter constitutivo, extintivo, impeditiva, invalidativo o modificativo o al demandado según el caso, no resolviéndose el problema de los hechos exentos o eximidos de prueba, la posición de las partes en el proceso y de éstas con relación a la consecuencia jurídica prevista en la norma, quedando todo en manos de la eventual arbitrariedad respecto a lo que pueda considerarse como innovador o no.

6.6. Tesis que recurre a la naturaleza constitutiva, o por el contrario extintiva, impeditiva o invalidativa de los hechos.

Esta tesis es expuesto por el maestro italiano Guiseppe CHIOVENDA, quien señala que la carga de la prueba se distribuye entre el demandante y el demandado, debiendo probar cada parte el hecho que haya afirmado o negado, correspondiéndole al demandante la carga de probar los hechos constitutivos en que fundamente su pretensión y al demandado la carga de los hechos extintivos, impeditivos, invalidativos o modificativos en que base su excepción -hechos exceptivos-. Dice el maestro que […] *el actor debe probar*

los hechos constitutivos, esto es, aquellos hechos que normalmente producen determinados efectos jurídicos; el demandado debe probar los hechos impeditivos, esto es, la falta de aquellos hechos que normalmente concurren con los constitutivos, falta que impide a éstos producir el efecto que le es propio."[554]

Según CHIOVENDA los hechos se clasifican en constitutivos, impeditivos y extintivos, los primeros que son aquellos que dan nacimiento a la relación jurídica, sean contractuales o extracontractuales; los segundos son aquellos que si bien no obstan al nacimiento de la relación jurídica, impiden su producción de efectos –error, dolo, violencia, incapacidad, simulación, fraude-; y los terceros que son aquellos que exterminan la relación jurídica –pago, prescripción, novación, caducidad, entre otros-. Dice –como indicamos- que los primeros corresponden ser acreditados o probados –carga- por el demandante y los segundos por el demandado.

Esta tesis también pareciera ser seguida en principio por ALSINA, aunque luego pareciera apartarse al señalar que al actor incumbe la prueba del hecho constitutivo del derecho cuyo reconocimiento pretende, donde el demandado puede adoptar una actitud de mera expectativa, bastándole desconocerla, pero mejorando su posición en el proceso aportando una contraprueba y con mayor razón –dice- cuando en contraposición a él ha alegado otro hecho como fundamento de su negativa; que no siempre bastará al actor la prueba del hecho constitutivo, sino que en algunos casos deberá también probar la violación del derecho; que un hecho impeditivo o modificativo o extintivos puede fundar una demanda y ello es frecuente en las acciones merodeclarativas, donde el actor deberá probar en ese caso el hecho que impidió la constitución de la relación jurídica o la modificó o extinguió. Pero al final indica […] *Estos principios pueden resumirse en la siguiente fórmula: Es a cargo de quien lo alegue la prueba de la existencia del hecho en que se funde el derecho cuyo reconocimiento se pretende o que impide su constitución o modifique o extinga un derecho existente.*[555]

También en Alemania SHÖNKE expresa que […] *Por lo demás, la distribución de la carga de la prueba se deduce del examen de la estructura del supuesto legal concreto del que se pretende sacar una consecuencia jurídica. En general, cabe decir tan solo que quien ejercita una acción debe probar los hechos constitutivos y los conservativos del derecho, y que aquel que, por el contrario, invoca el no nacimiento o la extinción de un derecho debe probar los hechos impeditivos o extintivos.*"[556]

Esta teoría es criticada en base a los siguientes argumentos:

---

[554] Guiseppe CHIOVENDA. Ob. cit. T. III: p. 83.
[555] Hugo ALSINA. Ob. cit. T. III. p. 257 y ss.
[556] Adolfo SHONKE. Ob. cit. p. 203.

a. Un mismo hecho puede ser constitutivo para una de las partes procesales y extintivos para la otra, como sucede con el caso del dolo, que puede ser alegado tanto por el accionante como fundamento de su pretensión contractual –resolución o cumplimiento- configurándose así como hecho constitutivo, como excepcionado por el demandado como fundamento de su defensa, configurándose un hecho invalidativo o impeditivo.
b. Conforme a esta tesis el accionante siempre tendrá la carga de probar los hechos de naturaleza constitutiva y el demandado los demás hechos exceptivos, siendo que es perfectamente viable que el accionante fundamente su pretensión en hechos extintivos, impeditivos, invalidativos o modificativos y el demandado fundamente su excepción en hechos constitutivos, como sucede cuando el demandado fundamenta su excepción en la existencia de un contrato –hecho constitutivo- y el actor en la nulidad del contrato –hecho invalidativo-. Igualmente el demandado podría excepcionarse ante una demanda de incumplimiento de contrato, mediante el alegato de cumplimiento –hecho constitutivo-.
c. No se resuelve el problema de los hechos eximidos de prueba, como los notorios, las afirmaciones o negaciones indefinidas, los impertinentes, irrelevantes, inconducentes, los hechos cuando se encuentran amparados por una presunción legal indesvirtuable y no se toma la posición de las partes en el proceso con relación al efecto jurídico previsto en la norma legal.

En definitiva, esta tesis no resuelve el problema de la distribución de la carga de la prueba por ser insuficiente, aún cuando constituye un verdadero avance, como lo expresa GUASP al indicar que aparte de la dificultad de la distinción en cada caso entre las categorías constitutivas, impeditivas y extintivas, es lo cierto que si el demandante afirma circunstancias impeditivas o extintivas, hipótesis nada excepcionales, sobre él pesará la carga de su prueba; y si se replica que estas circunstancias dejan de ser impeditivas o extintivas en aquel caso para convertirse en constitutivas, es lo cierto que entonces se habrá frustrado por completo la pretendida consideración aislada, esto es, absoluta e intrínseca del objeto de la prueba.[557]

También BACRE nos dice que esta regla que en principio apareció clara y abarcativa de todos los supuestos, fue considerada ambigua al no existir categorías rígidas de hecho jurídicos, al poder ser el mismo hecho constitutivo, impeditivo o extintivo, según cuál sea el efecto jurídico perseguido. Aduce que […] *Así la defensa de prescripción es un hecho normalmente extintivo, pero puede ser constitutivo de un derecho si el*

[557] Jaime GUASP. Ob. cit. T. I. p. 305.

demandado, en su responde, pretende el rechazo de la reivindicación, alegando ser usucapiente del bien; lo mismo sucede con el hehco impeditivo cuando se persigue la declaración de nulidad."[558]

6.7. Tesis que impone a cada parte la carga de probar los presupuestos o supuestos de hecho de la norma jurídica que le es favorable.

Se trata de la tesis del maestro alemán Leo ROSENBERG, desarrollada en su obra titulada "La Carga de la Prueba", cuyo fundamento se basa en el hecho que para la distribución de la carga de la prueba, es imposible tomar en consideración sólo la posición de las partes en el proceso –demandante y demandado- o la naturaleza de los hechos alegados por el actor o excepcionados por el demandado –constitutivos, extintivos, impeditivos, invalidativos o modificativos- o la forma como se expongan los hechos –afirmaciones o negaciones- incluso lo normal o anormal, por el contrario, se toma en consideración que cada parte tiene la carga de probar el hecho que sirve de presupuesto o fundamento de la norma jurídica contentiva de la consecuencia jurídica que le favorece y que ha sido solicitada como fundamento de su pretensión o excepción, tomándose así un criterio diferente que viene dado por la posición que el hecho jurídico ocupa en relación con el fin perseguido por cada parte, por lo que quien resulte favorecido con una norma jurídica porque consagra el fin jurídico perseguido en el proceso, soporta la carga de probarlo, salvo que se encuentre eximido de prueba, como sucede en los casos de hechos notorios, impertinentes, relevantes, afirmaciones o negaciones indefinidas o hechos presumidos por la ley en forma indesvirtuable.

Dice el ilustre profesor de la Universidad de Munich que […] *La parte cuya petición procesal no puede tener éxito sin que se aplique un determinado precepto jurídico, soporta la carga de la afirmación y de la prueba de que las características definidoras de ese precepto están realizar en los hechos.*", que […] *La distribución de la carga de la afirmación y de la prueba se basa en esa diferencia de preceptos jurídicos. El demandante debe probar como realizados en los hechos, los presupuestos del precepto en el cual funda su petición, esto es, los presupuestos de la norma fundadora (junto con los de las normas complementarias pertinentes); el demandado debe probar los presupuestos de la norma gracias a la cual trata de conseguir el rechazo de la demanda, esto es, los presupuestos de una norma impeditiva o destructiva o excluyente. Pues el juez sólo puede reconocer la aplicabilidad de un precepto jurídica cuando se le haya comprobado como existente el estado de las cosas que presupone. Si solo se comprueban los presupuestos de la norma en virtud de la cual el demandante pide la condena del demandado, el juez debería corresponder a este pedimento. Cuando el demandado apoya su pedido de rechazar la demanda en afirmaciones que se presentan como presupuestos de una norma impeditiva, destructiva o excluyente, debe*

[558] Aldo BACRE. Ob. cit. T. III. p. 45.

mostrar la veracidad de éstos en cuanto no estén comprendidos ya en la situación de hecho que es presupuesto de la norma fundadora, ya que hasta aquí la carga de la prueba incumbe al demandante. Pues de trata de la aplicabilidad de una comprobación de las características respectivas. Del hecho que, por regla general, la petición del demandante estriba en un precepto jurídico independiente, se infiere que regularmente en todo proceso corresponde al demandante una carga de la afirmación y de la prueba, a saber, con respecto a los hechos que constituyen el presupuesto de este precepto fundador de la demanda. En cambio, al demandado sólo le incumbe una carga de la prueba cuando afirma hechos que corresponden a las características de otra norma independiente, que le es favorable, y que deben justificar su aplicación."[559]

Como puede apreciarse la ***carga de la certeza pesa sobre la parte cuyo provecho redunda el efecto de la norma***, lo que se traduce en que cada parte tiene la carga del alegato y de aportar la prueba de los hechos que sirven de presupuesto de la norma que consagra la consecuencia jurídica que le beneficia, en la medida que la haya invocada y solicitado –entiéndase el efecto o consecuencia contenido en la norma que se activa al subsumir el hecho alegado y probado en el proceso- y quien no pruebe el hecho que sirve de presupuesto de la norma que resuelve el conflicto judicial, soporta las consecuencia jurídicas de la falta de prueba. Es así como al **demandante** corresponde la carga de probar las afirmaciones o negaciones de hecho que sirven de presupuesto de la norma, que consagra la consecuencia jurídica constitutiva, extintiva, impeditiva, invalidativa o modificativa que le favorece y que ha sido solicitado en su pretensión, en tanto que al **demandado** le corresponde la carga de probar las afirmaciones o negaciones de hecho que sirven de presupuesto de la norma, que consagra la consecuencia jurídica constitutiva, extintiva, impeditiva, invalidativa o modificativa que le favorece y que ha sido solicitado en su excepción, de manera que cuando el demandado rechaza genéricamente o invoca un efecto jurídico diferente al solicitado por el demandante o que la norma no le es aplicable, no asume carga probatoria, correspondiéndole completamente al demandante, más cuando rechaza la pretensión en forma específica, excepcionando algún hecho que sirve de presupuesto de la norma que consagra la consecuencia jurídica constitutiva, extintiva, impeditiva, invalidativa o modificativa que le beneficia, asume carga probatoria.

Pero el demandado no puede limitarse a negar en forma genérica, pura y simple, cuando los hechos invocados por el accionante, se encuentran amparados por una presunción desvirtuable o cuando se trate de afirmaciones o negaciones definidas e incluso indefinidas, o los hechos gocen de notoriedad, pues en éstos casos tenemos:

a. De tratarse de hechos presumidos por la ley en forma desvirtuable o *iuris tantum*, corresponde la carga de desvirtuarlos mediante la aportación de la prueba pertinente o atacando la prueba de los

[559] Leo ROSENBERG. Ob. cit. pp. 91, 97 y 98.

hechos base de la norma que consagra la presunción legal, pues precisamente para que pueda activarse la presunción legal prevista en la norma que la consagra, quien pretenda ampararse por dicha presunción, debe demostrar los hechos base de la misma, siendo viable que el demandado pueda fundamentar su defensa en la no prueba de los hechos base de la norma, donde incluso puede desplazarse al demandado, en el sentido que sea éste quien excepcione un hecho amparado por una presunción desvirtuable, correspondiéndole al demandante la prueba que la desvirtúe o del incumplimiento de los presupuestos de la norma que consagra la presunción legal.

b. De tratarse de afirmaciones o negaciones definidas o indefinidas en que se fundamente la pretensión del demandante, el demandado no puede limitarse a negar genéricamente, teniendo en todo caso la carga de desvirtuar la afirmación o negación mediante la prueba del hecho positivo en contrario cuando se refiere al hecho negativo, o mediante la prueba del hecho negativo en contrario cuando se trate de afirmaciones, situación esta que puede trasladarse al demandado, cuando éste fundamenta su excepción en un hecho afirmativo o negativo.

En definitiva tenemos:

a. La distribución de la carga de la prueba se hace, en atención a la posición de las partes en el proceso respecto al efecto jurídico contenido en la norma que se aplique para resolver el problema judicial.
b. Cada parte tiene la carga de alegar y probar los hechos que sirven de presupuesto o supuesto de la norma que consagra la consecuencia jurídica constitutiva, extintiva, impeditiva, invalidativa o modificativa que les favorece y que han solicitado.
c. El **demandante** tiene la carga de alegar y probar las afirmaciones o negaciones de hecho que sirven de presupuesto de la norma, que consagra la consecuencia jurídica constitutiva, extintiva, impeditiva, invalidativa o modificativa que le favorece y que ha sido solicitado en su pretensión.
d. El **demandado** tiene la carga de alegar y probar las afirmaciones o negaciones de hecho que sirven de presupuesto de la norma, que consagra la consecuencia jurídica constitutiva, extintiva, impeditiva, invalidativa o modificativa que le favorece y que ha sido solicitado en su excepción.
e. Cuando alguna de las partes se fundamente en hechos presumidos por la ley en forma desvirtuable, especialmente el demandante, el demandado no puede limitarse a contestar genéricamente al asumir la carga de alegar y probar lo contrario a lo presumido o el no cumplimiento del requisito de la demostración de los hecho base de la norma que consagra la presunción.

f. De tratarse de hechos negativos, la parte contraria asume la carga del alegato y de la prueba del hecho positivo en contrario; y de tratarse de hecho afirmativos indefinidos, la otra parte asume la carga de la prueba del hecho negativo en contrario.
g. Quien alegue hechos negativos o afirmativos indefinidos, no asume carga probatorio, igual que cuando se trata de hechos notorios.

Los efectos de los preceptos jurídicos favorecen en algunas ocasiones al agresor y otras al agredido, por lo que se distribuyen entre éstos la carga de la prueba, pudiendo ser las normas de carácter constitutivas o creadoras de derecho –pretensión- si sirven de base para las peticiones de la demanda; impeditivas de derecho, si desde el principio impiden que nazca el efecto de la norma constitutiva del derecho; inhibitorias o excluyentes de derecho, que impiden que el derecho pretendido contra el demandado pueda hacerse valer; el demandante debe probar como realizados en los hechos, los presupuestos del precepto en el cual funda su petición, es decir, los presupuestos de la norma fundadora; en tanto que el demandado debe probar los presupuestos de la norma mediante la cual trate de conseguir el rechazo de la demanda, es decir, los presupuestos de una norma impeditiva o destructiva o excluyente, por lo que si en el proceso solo se prueban los presupuestos de la norma invocada por el demandante, deberá fallarse en su favor; pero si el demandado prueba los de la norma impeditiva, extintiva o destructiva, el juez deberá fallar a su favor, lo que se traduce en que la petición del actor se basa, por lo general, en un precepto jurídico independiente, correspondiéndole regularmente a él la carga de la afirmación y de la prueba, respecto de los hechos que sirven de presupuesto; el demandado en cambio, sólo le atañe la carga de probar cuando invoca una norma independiente, que le es favorable, cuya aplicación debe justificar –también cuando invoque la misma norma, pero en su favor, en razón de hechos diferentes, agregados- y si se limita a negar los hechos alegados por el actor o la aplicación de ellos a la norma jurídica invocada, o sostiene que los efectos jurídicos de tal norma son otros o que exigen diferentes supuestos de hecho, nada tiene que probar. Al actor le corresponde la carga de la prueba de aquellos hechos que sirven de presupuesto de las normas fundadoras del derecho reclamado y al demandado, la carga de la prueba de aquellos hechos que sirven de presupuesto de las normas impeditivas, destructivas o excluyentes, por lo que la distrubución de la carga de la prueba, se hace en atención a las normas jurídicas por aplicar, en relación con la parte que con ellos se favorece, siendo más preciso hablar de efectos de las normas en el proceso respecto a cada parte, según que de ellas se pretenda deducir una pretensión o una excepción, efectos que pueden ser constitutivos, impeditivos, modificativos o extintivos.

Esta tesis es acogida por Jaime GUASP quien señala que cada una de las partes tiene la carga no sólo de alegar los hechos o datos que le intereses, sino en segundo lugar de probarlos, determinándose su interés por el hecho de que el dato en cuestión funcione como supuesto de hecho de una norma cuya

aplicación le interesa, lo que equivale en definitiva a decir que cada parte soporta la carga de probar los datos que constituyen el supuesto de hecho de las normas que le son favorables.[560] También es apoyada por SILVA MELERO quien expresa que […] *cada parte debe afirmar y probar los presupuestos de la norma que le es favorable*."[561]

El maestro DEVIS ECHANDÍA se hace partidario de esta tesis al expresar […] *corresponde la carga de probar un hecho a la parte cuya petición (pretensión o excepción) lo tiene como presupuesto necesario, de acuerdo con la norma jurídica aplicable; o, expresada de otra manera, a cada parte le corresponde la carga de probar los hechos que sirven de presupuesto a la norma que consagra el efecto jurídico perseguido por ella, cualquiera que sea su posición procesal. Indica el maestro que al demandante le corresponde probar los hechos que alega como fundamento de su pretensión y por lo tanto, los constitutivos de ésta, pero sólo en el sentido de que se trata de los previstos en la norma que invoca o que le es favorable como supuestos de su aplicación; que al demandado le corresponde probar los hechos que alega como fundamento de su excepción y en consecuencia, como impeditivos o extintivos de la pretensión del demandante, sólo en cuanto se trate de los que sirven de presupuesto a la norma cuya aplicación lo favorece, sea que la invoque o no*." Que […] *Con todo, la prueba que corresponde al demandante no se limita a los hechos cuya naturaleza en abstracto sea constitutiva, porque cuando alega hechos extintivos o impeditivos de una situación o un derecho reclamados por el demandando, le corresponderá al primero demostrarlos si son presupuesto de la norma cuya aplicación reclama o resulta favorable, tal como ocurre con las pretensiones de declaración negativa o para que se declare que no se tiene una obligación determinada; tampoco se limita a la prueba a cargo del demandado a los hechos extintivos, impeditivos o modificativos de la pretensión del demandante, porque tales hechos pueden tener el carácter de constitutivos de un derecho o una relación jurídica que aquél reclame en oposición a los pretendidos por éste, como cuando propone la excepción de compensación o de prescripción adquisitiva, o alega mejor derecho para ocupar la herencia reclamada por el demandante o para poseer el bien que éste reivindica, o retener la tenencia que se reclama. Igualmente, se resuelve el problema de catalogar la oposición del demandado como simple negación de un hecho constitutivo de la pretensión del demandante o como circunstancia impeditiva, para determinar a quién corresponde la carga de su prueba, pues basta examinar la norma que contempla como presupuesto y la parte que la invoca o que resultaría favorecida con su aplicación oficiosa, para gravar a ésta con esa carga, cualquiera que sea la denominación que a dicho hecho le corresponda*."[562]

PARRA QUIJANO también se identifica con esta tesis al expresar que la carga de la prueba como noción procesal que contiene la regla de juicio se distribuye en atención a los hechos que sirven de fundamento a las normas jurídicas cuya aplicación reclaman aparezcan demostrados.[563]

---

[560] Jaime GUASP. Ob. cit. T. I. p. 395
[561] Valentín SILVA MELERO. Ob. cit. T. I. p. 102.
[562] Hernando DEVIS ECHANDÍA. Ob. cit. T. I. pp. 492 y 493.
[563] Jairo PARRA QUIJANO. Ob. cit. p. 242.

6.8. Tesis que distribuye la carga de la prueba según la posición de las partes respecto de los efectos jurídicos perseguidos.

Es defendida por el maestro italiano Jean Antonio MICHELI, quien señala que […] *La regla de la carga de la prueba grava a quien quiere hacer valer un derecho en juicio con la prueba de los hechos que constituyen su fundamento; mientras quien excepciona la ineficacia de tales hechos o bien excepciona que el derecho se ha modificado o extinguido debe probar los hechos sobre los cuales la excepción se funda*."[564] En otro momento dice el maestro de la Universidad de Florencia que los diversos criterios de distribución de la carga de la prueba que derivan de la diferente relevancia de los hechos que constituye las hipótesis legal, no son de por sí suficientes para explicar enteramente el fenómeno de la distribución de la carga probatoria, pues solo se ha considerado con respecto a la distribución de los hechos en constitutivos, modificativos, impeditivos y extintivos, bajo el perfil especialmente de dar, a los fines de la prueba, una diversa calificación jurídica a los elementos relevantes de la causa, por lo que es necesario referirse a una visión más concreta del fenómeno, donde se tenga en cuenta la manera como se manifiesta el proceso concreto; que la distribución de la carga de la prueba […] *parece establecida principalmente por la posición, ocupada por la parte misma, respecto al efecto jurídico pedido; tal relación está determinada por el derecho sustancial, en cuanto éste último disciplina la hipótesis legal, por el derecho procesal, en cuanto se tenga presente el perfil unilateral, adoptado por cada una de las partes en el proceso, esto es, la situación procesal puesta en práctica por la parte, la cual formula una propia demanda en juicio*."[565]

Como expresa el maestro colombiano Hernando DEVIS ECHANDÍA, la tesis sostenida por el maestro italiano en comento se identifica con la del maestro alemán Leo ROSENBERG, pero presentado de otra manera, donde la distribución de la carga de la prueba se realiza, en atención a la **posición sustancial de las partes en el proceso**, en la pretensión o excepción que se han hecho valer en el proceso respecto a la norma legal que consagra el efecto jurídico, sin olvidar su posición procesal, destacándose que MICHELI habla de efecto jurídico "***pedido***", en tanto que ROSENBERG se refiere a los presupuestos de hecho de la norma cuyo efecto jurídico se "***persigue*"**, lo que equivale a lo mismo, consecuencia de lo cual se sostiene que la carga de la prueba corresponde a aquella parte que pretenda deducir de la norma jurídica, un efecto jurídico favorable. Distribuir la carga de la prueba conforme a la relación entre parte y efecto jurídico "pedido" significa necesariamente imponer la carga respecto de cada hecho a quien pretende deducir de él dicho efecto jurídico, resultado que igualmente se obtiene al tenerse

[564] Jean Antonio MICHELLI. Curso de Derecho Procesal Civil. V. II. p. 93.
[565] Jean Antonio MICHELLI. Carga de la Prueba. p. 386.

en consideración como expresa ROSEMBERG, cuál de las partes reclama la aplicación en su favor de la norma que considera ese hecho como supuesto para que produzca los efectos jurídicos que consagra.

5.9. Tesis de Hernando DEVIS ECHANDÍA.

Ya al respecto hemos adelantado la opinión que ha vertido el maestro, quien nos dice que el problema de la carga de la prueba, no es quien aporte la prueba al proceso sino quien sufre la consecuencia de la falta de prueba de los hechos debatidos. Señala que la naturaleza constitutiva, extintiva, impeditiva, invalidativa o modificativa de los hechos, no es suficiente para determinar el criterio de distribución de la carga de la prueba, al no poder pensarse que siempre al actor corresponda la carga de los hechos constitutivos y al demandado la carga de demostrar todos los demás hechos –extintivos, impeditivos, invalidativos o modificativos- como lo sostuvo CHIOVEMNDA, dado que es viable que el actor fundamente su pretensión en éstos últimos hechos y el demandado en hechos constitutivos, y que lo que tiene el carácter de constitutivos, extintivos, impeditivos, invalidativos o modificativos, no son los hechos expuestos en el proceso ni la norma jurídica misma, sino el efecto jurídico de la norma.

Para DEVIS ECHANDÍA cada parte asume la carga de afirmar y probar el hecho que sirve de presupuesto de la norma que consagra el efecto jurídico perseguido por ellas y que resuelve el caso concreto, siendo al **demandante** a quien corresponde la carga de probar el hecho que sirve de fundamento de la norma que consagra el efecto jurídico en que basa su pretensión; y al **demandado** la carga de la prueba de los hechos que sirven de presupuesto de la norma jurídica que en que base de su excepción –posición sostenida por ROSENBERG y MICHELI, distribuyéndose la carga de la prueba en función de la posición de las partes respecto del efecto jurídico contenido en la norma jurídica que resuelve el conflicto judicial y que aplicará el operador de justicia.

Reconoce el maestro colombiano que no siempre corresponde la carga de la prueba a quien alegue el hecho y a quien beneficie el efecto jurídico de la norma, como sucede en los casos de hechos indefinidos, notorios, presumidos, irrelevantes, impertinentes, entre otros, pues la carga probatoria solo se aplica a hechos controvertidos en el proceso, excluyéndose los hechos admitidos, reconocidos expresa o tácitamente, confesados no obstante; que el hecho que no fue alegado no puede probarse y que el hecho alegado y no probado de nada sirve, por lo que la alegación es fundamental para que el hecho sea tema de la prueba judicial, no siendo tal alegación determinante para la distribución de la carga de la prueba al no importar quien haya alegado o excepcionado el hecho, solo que se haya traído a los autos, importando

tan solo que se produzca dicha prueba –luego de haber sido aportado al proceso por cualquiera de las partes- correspondiéndole la carga de probarlo a quien se vea beneficiado con la consecuencia contenida en la norma que se activará al subsumir el hecho probado, sin importar cual de las partes lo haya alegado o excepcionado.

En función al principio de adquisición procesal o comunidad de la prueba, no resulta correcta hablar de la parte que asume la carga de la prueba, sino de la parte que asume el riesgo de la falta o insuficiencia de la prueba de los hechos controvertidos, lo que se traduce en que debe hablarse de la parte que tiene la carga de probar el hecho que sirve de presupuesto de la norma jurídica invocada y que consagra la consecuencia jurídica que le favorece o persigue. Indica que en relación a los hechos indefinidos, notorios y a las presunciones, no existe inversión de la carga de la prueba, sino liberación de la carga probatoria, no siendo presupuesto de la norma jurídica y siendo la parte contraria a la que aduce esta clase de hechos la que asume la carga probatoria de lo contrario.[566]

6.10. Tesis moderna de la escuela española.

Juan MONTERO AROCA al tratar el tema de las reglas de distribución de la carga de la prueba, indica que las mismas no pretenden resolver *ab initio* el problema de quien debe aportar al proceso las pruebas de las afirmaciones o negaciones de hecho debatidas, sino al momento de la sentenciar, donde se fallará ante la ausencia o insuficiencia de la prueba de los hechos afirmados o enunciados, contra aquella parte que tenía el interés de aportar la prueba de los hechos que servían de fundamento de la norma que consagraba la consecuencia jurídica pedida y que les beneficiaba, tal como lo regula el artículo 1.214 del Código Civil Español que expresa […] *Incumbe la prueba de las obligaciones al que reclama su incumplimiento y el de su extinción a quien lo opone.*", norma que es criticada por no tomar en consideración los hechos impeditivos, invalidativos o modificativos. Que el criterio correcto de distribución de la carga probatoria descansa en los siguientes fundamentos:

a. Cada parte asume la carga de la afirmación del hecho que sirve de presupuesto de la norma que consagra la consecuencia jurídica solicitada y que le beneficia, así como la carga o el interés de probarlo para no sufrir la consecuencia de la falta o insuficiencia de la prueba, indistintamente de la posición procesal de las partes.

[566] Hernando DEVIS ECHANDÍA. Ob. cit. T. I. pp. 484 y ss.

b. En cuanto al hecho que las partes tienen la carga de la afirmación del hecho, el cual no vincula al operador de justicia, resulta mas correcto señalar que cada parte tiene el interés de demostrar el hecho que sirve de presupuesto de la norma jurídica que contiene la consecuencia jurídica que le beneficia, indistintamente de la parte que lo haya alegado o excepcionado, pero en todo caso, lo importante es que el hecho debe ser traído a los autos por el alegato o excepción de las partes –principio de congruencia- circunstancia ésta que se identifica con la posición asumida por el maestro DEVIS ECHANDÍA.
c. Que en materia de carga probatoria, quien tenga mayor ***facilidad*** en la aportación de las pruebas, indistintamente de la naturaleza del hecho y de quien beneficie la consecuencia jurídica prevista en la norma, e indistintamente de quien haya traído el hecho a los autos asume la carga de la prueba de tales hechos; igualmente, quien tiene mayor ***contacto o facilidad*** con la prueba soporta su demostración, so pena de que corra con el riesgo de su falta o insuficiencia, tal como sucede en el caso del marido que al realizar una venta, tiene mayor facilidad de probar el precio en un proceso de partición, que la mujer; en materia de seguros, quien tiene mayor disponibilidad de acceder y traer al proceso las pruebas –instrumentos de seguro- es la aseguradora y no el asegurado. Agregamos que otros casos también se pueden dar en materia de reclamos por el funcionamiento de cosas en materia de servicios y bienes, así como en materia de responsabilidad médica, donde y en función de la facilidad probatoria, se produce una especie de inversión válida en función de la búsqueda de la certeza judicial.

El maestro español referirse a la **inversión de la carga de la prueba** señala, que tal expresión carece de precisión técnica al referirse a aquellos casos en que exista una norma jurídica que permite imponer la carga de la prueba y hacer recaer sobre una parte en el proceso, la falta de prueba, cuando según la norma jurídica corresponde a la otra parte, de manera que invertir la carga de la prueba, es hacer recaer la misma –carga- sobre aquella parte que conforme a la ley no asume carga probatoria sobre determinados hechos, refiriéndose en consecuencia a una vulneración o violación de la regla legal de distribución de carga probatoria; que con ocasión a la inversión de la carga de la prueba producto de las **presunciones desvirtuables**, no se trata realmente de inversión, sino de reglas especiales de distribución derivadas de la política legislativa que considera prudente hacer recaer la prueba sobre la parte contraria que pretende desvirtuar lo presumido, por serle mas **fácil y disponible** la prueba en contrario; en cuanto a las **presunciones como dispensa de pruebas**, manifiesta que no es que existe tal dispensa probatoria, sino que el legislador ha considerado que el hecho por ser de difícil demostración, se le dota de una presunción cuya prueba en contrario corresponde a quien pretende desvirtuarlo, por tal motivo, las

presunciones no son ni producen dispensa de la carga probatoria, sino que constituyen y producen una especial forma de atribuírsela a quien no beneficia el hecho presumido pero que interesa desvirtuarlo.

Expresa MONTERO AROCA en cuanto a los **pactos sobre pruebas**, que las reglas de distribución de la carga de la prueba, se encuentran dirigidos al juzgador, para que pueda resolver el conflicto judicial ante la falta de prueba de los hechos debatidos o su insuficiencia, de manera que siendo la norma jurídica dirigida al juzgador, tienen carácter y naturaleza procesal, que impiden todo pacto sobre pruebas.

En definitiva y con relación a las **presunciones desvirtuables**, las mismas no producen una inversión de la carga probatoria ni exime de las mismas, sino que constituyen y obedecen a las políticas legislativas de cada nación, que atribuye la prueba en contrario del hecho presumido a quien perjudica dicha presunción y a quien interesa desvirtuarlo, por serle mas fácil y disponible producir la prueba en contrario, circunstancia ésta de la dificultad y disponibilidad probatoria que es precisamente el elemento que toma en consideración el legislador para amparar al hecho previsto en la norma, de una presunción cuya prueba en contrario –se insiste- queda a cargo de la parte contraria.[567]

El maestro José María ASENCIO MELLADO al tratar la cuestión que abordamos indica que la distribución que realiza la norma procesal reside en razones obvias que en último extremo se fundamentan en la facilidad que cada parte tiene de probar lo que alega y en la dificultad o imposibilidad de exigir a la parte contraria que pruebe lo que tiene al alcance de su mano; que es natural que el actor pruebe los hechos constitutivos de su pretensión y lógico que el demandado pruebe su excepción, por lo que exigir al actor la prueba que corresponde al demandado sería tanto como gravarlo con una obligación de cumplimiento imposible, una prueba imposible como sucede en general con la de los hechos negativos y aún cuando respondiendo a las reglas de distribución formal de la carga de la prueba a tales postulados generales de facilidad o posibilidad probatoria, no bastan para ofrecer soluciones equitativas en todo caso, pues en muchas ocasiones la aplicación estricta de este expediente podría llevar a situaciones de auténtica indefensión.

Todo lo anterior y considerando que las reglas sobre la carga probatoria no son inflexibles, ha de atenderse al criterio de la facilidad probatoria para evitar gravar a la parte con una carga que sea susceptible de provocarle indefensión por vía de exigirle una prueba imposible o diabólica –de dificultad probatoria-; que *[…] La carga de la prueba, en ningún caso puede provocar indefensión a la parte que grava como sucedería cuando se exigiera una prueba lejos del alcance de quien solicita una sentencia a su favor o cuanto menos más próxima a la otra*

[567] Juan MONTERO AROCA. La Prueba en el Proceso Civil. pp. 57 y ss. Igualmente en Derecho Jurisdiccional II. pp. 262 y ss.

parte." y en definitiva, las reglas de distribución de la carga de la prueba deben atemperarse a cada casi concreto y a los intereses en juego en el correspondiente proceso.[568]

JUAN LORENZO DE MEMBIALA al referirse al tema, expresa que en materia laboral, por efecto de la **disponibilidad y facilidad** probatoria, se habla de inversión de la carga de la prueba; que en materia de **hechos negativos,** corresponde la carga de la prueba a la parte contraria a quien la aduce como fundamento de su pretensión o excepción, por considerar el legislador que le resulta mas fácil hacer la prueba del hecho positivo contrario.[569]

Por último el maestro Lluís MUÑOZ SABATE al referirse a la carga probatoria indica que la legislación española en esta materia ha asumido como elemento distributivo la ***"duda probática"*** de los hechos controvertidos al momento que el juzgador va a dictar el fallo judicial –artículo 217 LEC- siendo el ***dubio*** el estado de la mente del juzgador antes de tomar la decisión o dar probado o no un hecho debatido. Que en relación a los **hechos negativos**, cuando son presupuesto de la norma jurídica que resuelve el conflicto judicial, deben ser demostrados por quien los alegue y a quien le favorezcan, pero en determinados casos, cuando la prueba de tales hechos negativos se hace dificultosa para quien los alegue y a quien beneficie, haciéndoseles mas fácil a la otra parte, deben tomarse en consideración la conducta "***endoprocesal omisiva***" de la parte con mayor ventaja probatoria –facilidad o disponibilidad- así como la conducta "***obstruccionista***", que genera un indicio procesal favorable a la prueba del hecho negativo, como ocurre con las negaciones indefinidas, de manera que en caso de alegatos de incumplimiento de contratos o falta de pago, tratándose de hechos negativos, la carga de la prueba de lo contrario mediante el hecho positivo recae en el otro sujeto procesal, por ser de mayor facilidad la realización de la prueba del hecho positivo en contrario, del cumplimiento de la obligación o del pago de la deuda.

En cuanto a las **presunciones legales** señala que pueden ser combatidas, mediante el ataque del hecho base o indicio; argumentando la irracionalidad o debilidad de la máxima de experiencia que lleva a determinar el hecho desconocido con hace a las prueba del hecho conocido, a lo cual nosotros señalamos que mas bien se refiere a la *presunción hominis* del juzgador que partiendo de un hecho base o conocido establece uno desconocido o indicado, salvo que se trate de presunciones legales donde la máxima de experiencia viene dada por el operador legislativo; mediante la prueba en contrario de la irracionalidad

---

[568] José María ASENCIO MELLADO. Ob. cit. T. I. pp. 162 y 163.

[569] Juan LORENZO DE MENBIALA. Modificación de la Prueba Laboral Operados por la LEC de 2000. pp.166 y 167.

del hecho presumido, culminando en que las presunciones *iuris et de iure*, no son presunciones ni son normas probatorias.

Expresa el maestro español que en materia de **distribución de la carga de la prueba, debe ponderarse el casuismo en cada proceso, ponderando, flexibilizando y corroborando –criterio de elasticidad- cada teoría y principios en materia de distribución y atribución de carga probática, debiéndose tomar en cuenta la posición de las partes, la naturaleza de los hechos, las afirmaciones o negaciones de los hechos, la facilidad y disponibilidad probatoria, entre otras circunstancias**, criterio éste del cual puede inferirse que no es descartable ninguna tesis de distribución de carga probatoria, sino que debe analizarse cada caso concreto, flexibilizando las teorías o tesis y aplicando todas las permitidas, para poder obtener un resultado correcto en materia de atribución y distribución del riesgo probatoria, lo que se traduce en el hecho que deben ponderarse y matizarse todas las reglas o tesis pertinentes a cada caso.

Importa destacar de las tendencias españolas, especialmente el tema de los criterios correctivas de las reglas distributivas de la carga probatoria, que para su legislación ya está positivado en el artículo 217 y conforme al cual, para la determinación definitiva de la carga probatoria ante la duda probatoria surgida en la mente del judicante al momento de emitir su juicio jurisdiccional, no solo debe atenderse a las diferentes teorías que justifican la distribución, sino que también y de manera flexible debe atenderse a la disponibilidad y facilidad probatoria, en función de quien tenga una mejor posición para acreditar el hecho, lo que evita la indefensión y es consecuencia de la lealtad procesal y la colaboración con la justicia. Pero este tema no es ajeno en los países latinoamericanos, pues por ejemplo en Argentina y en Colombia el tema ha sido abordado desde hace un buen tiempo bajo el enunciado de las "cargas dinámicas" que toman en consideración precisamente estos elementos de facilidad probatoria para distribuir la carga en determinados casos de dificultad probatoria que algunos denominan "*probatios diabolicas*" o "prueba diabólica", también "*difficiliores probaciones*".[570]

Así por ejemplo PARRA QUIJANO aborda el tema en base a la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de su país, bajo el título "Prueba de difícil obtención, con tintes de proeza", donde en los casos de difícil obtención de la prueba a cargo de las partes, que para lograrla tiene que hacer tintes de proeza, debe imponerse la carga de la prueba a quien le quede más fácil, como sucede en materia de simulación donde se trata de infirmar la seriedad y sinceridad con que se conducen los sujetos de derechos y donde está en una mejor posición de hacer la prueba, es a los contratantes y no a los terceros acreedores o herederos. Indica que […] *El juez, cuando encuentre que determinada parte le queda más fácil probar determinado*

[570] Lluís MÑOZ SABATÉ. Curso de Probática Judicial. pp. 18 y ss.

hecho, puede utilizar el expediente de llamarlo de oficio a interrogatorio, y según las respuestas, exigirle presentación de pruebas o exigirle explicaciones para facilitar el acceso a la prueba."[571] Sobre este tema volveremos en otro punto.

6.11. Nuestra posición.

Analizadas las doctrinas y teorías que se han construido para sostener las reglas generales y abstractas de distribución de la carga probatoria, así como las críticas que se han formulado en cada una, coincidimos con la tendencia de identificar la carga de la prueba respecto a su regla distributiva, con la posición de las partes respecto a la consecuencia jurídica contenida en la norma aplicable al caso concreto, como lo expresaron ROSENBERG y MICHELI, correspondiéndole la carga de la prueba a la parte que enuncie el hecho que es presupuesto de la norma que contiene la consecuencia jurídica constitutiva, extintiva, impeditiva o modificativa que le beneficia y que ha solicitado, cualquiera sea la posición que asuma en el proceso, siempre que se encuentra en una posición favorable para realizar dicha actividad demostrativa, de manera que si la parte tiene la carga de la prueba, no podrá sufrir la consecuencia de su falta o insuficiencia si la contraria se ubica en una mejor posición procesal por facilidad o disponibilidad para producir la prueba, en base al deber de lealtad procesal y colaboración con la justicia.

Consecuencia de lo expresado es que la parte demandante la que tiene carga de alegar y demostrar los hechos enunciados en su demanda como fundamento de la pretensión, controvertidos y no eximidos de prueba, que sean el presupuesto de la norma que consagra la consecuencia jurídica que le beneficia y que ha solicitado, siempre que esté en una posición procesal favorable para la actividad probatoria y para producir la fuente que acredite los hechos y genere certeza judicial; igualmente es al demandado a quien corresponderá la carga de excepcionar y probar los hechos controvertios y no eximidos de prueba, que son el presupuesto de la norma que consagra la consecuencia jurídica que le beneficie y ha solicitado, siempre que se ubique en una posición procesal favorable para tal fin. En tal caso y ante la dificultad para la parte sobre quien pesa la carga probatoria, que se traduce en mayor disponibilidad y facilidad para el contrario, tratándose la prueba de un derecho constitucional y en aplicación de un criterio garantista, el judicante deberá hacer recaer la consecuencia de la falta de prueba sobre aquella parte que estaba en una mejor posición procesal para acreditar los hechos y no lo hizo, lo que tendrá su basamento en el precitado derecho constitucional de acceso al sistema probatorio, a la interdicción de indefensión, a la lealtad y al deber de colaboración de la justicia.

---

[571] Jairo PARRA QUIJANO. Ob. cit. pp. 241 y 242.

Lo dicho tiene su impacto en el tema de la prueba de los hechos negativos y los presumidos por ley, donde se adopta precisamente un criterio correctivos de la reglas de distribución, al considerarse que la parte que quiera desvirtuar el hecho negativo tiene mayor facilidad de alegar y acreditar el hecho positivo en contrario; igualmente y respecto al hecho presumido, la parte que quiera desvirtuarlo se encuentra en una mejor posición procesal de aportar la prueba que lo desvirtúe, sin perjuicio del ataque al hecho base o indicante y a la relación causal. Incluso el temas de las cargas dinámicas permitirá –como lo veremos- que se flexibilice la rigidez de la naturaleza de las normas sobre carga probatoria, permitiéndose por vía de excepción la posibilidad de pactos sobre el tema cuando se esté en presencia de criterios de disponibilidad y facilidad probatoria.

En todo caso y como veremos al tratar el tema de la distribución de la carga de la prueba en nuestro sistema legal, compartimos con MUÑOZ SABATÉ que no existe un criterio único, aún cuando el más completo es el que identifica la posición de las partes respecto a la consecuencia jurídica prevista en la norma, con el aditivo de la facilidad de la prueba como criterio correctivo y complementario, en cuyo caso es pertinente analizar en cada caso con criterios amplios, garantistas y flexibles el tema de la distribución, atendiendo al enunciado de las diversas teorías y sin descartar ninguna, pues ellas pueden en un momento determinado ayudar a resolver los problemas sobre la carga probatoria.

Para terminar este punto nos parece interesante referirnos al criterio del profesor y amigo Gabriel Alfredo CABRERA IBARRA, vertido en su excelente Compendio de Derecho Probatorio, quien indica que […] *la carga de la prueba recae sobre quien alega un hecho y pretende beneficiarse de los efectos jurídicos de la demostración de ese hecho o de los efectos jurídicos que le concede la norma jurídica invocada, salvo que lo que ha alegado no sea objeto de prueba, en cuyo caso estará relevado de la carga de demostrarlo*."[572]

Analizadas las diferentes tesis que han pretendido justificar la forma como se distribuye la carga de la prueba y vertida nuestra opinión al respecto, en los siguientes puntos desarrollaremos el contenido normativo que determinan las reglas de la carga probatoria en nuestro sistema de procedimiento.

7. DISTRIBUCIÓN DE LA CARGA DE LA PRUEBA EN EL SISTEMA DE PROCEDIMIENTO CIVIL VENEZOLANO.

[572] Gabriel Alfredo CABRERA IBARRA. Ob. cit. p. 273.

En nuestro sistema normativo vigente que regula el procedimiento civil, la distribución de la carga de la prueba se encuentra regulada en los artículos 506 del Código de Procedimiento Civil y 1.354 del Código Civil, el primero que señala […] *Las partes tienen la carga de probar sus respectivas afirmaciones de hecho. Quien pida la ejecución de una obligación debe probarla, y quien pretenda haber sido libertado de ella, debe por su parte probar el pago el hecho extintivo de la obligación. Los hechos notorios no son objeto de prueba.*" Por su parte el artículo 1.354 del Código Civil expresa […] *Quien pida la ejecución de una obligación debe probarla, y quien pretenda que ha sido libertado de ella debe por su parte probar el pago o hecho que ha producido la extinción de su obligación.*"

El contenido del último de los artículos citados tiene su origen en el artículo 1.315 del Código Civil de Napoleón de 1804, que como indica el maestro SILVA MELERO, se refiere a la prueba de las obligaciones pero de aplicación general, respondiendo a la aceptación del criterio romano en su versión del Derecho común, conforme al cual la prueba incumbe a aquella de las partes que afirma y al demandado, cuando excepciona. Indica que de la exposición de motivos del Código Napoleón resulta que fuera POTHIER quién dictaría aquel principio en materia de obligaciones, que en el caso de la controversia quien pretende ser acreedor está obligado a probar el hecho o la convención que ha producido su derecho de crédito y cuando tal obligación haya sido probada, el deudor que pretende haberla satisfecho está obligado a probar su pago. Que los juristas franceses consideraron que el criterio de la distribución de la carga de la prueba se vincula exclusivamente al principio de la igualdad de las partes en juicio, de manera que quien formule la pretensión debe probarla.

Dice el maestro español que se ha dicho por BONNECASE que el artículo 1.315 del Código napoleónico se encuadra perfectamente en las premisas filosóficas que han constitutito la base de la legislación revolucionaria francesa, lo que está inspirado en el artículo 2° de la Declaración de los Derechos del Hombre; que el concepto de libertad individual debía constituir por tanto, el fundamento de la carga de la prueba y en este sentido, ha sido explicado precisamente el artículo en cuestión recurriendo a la presunción de libertad del hombre.[573]

PLANIOL y RIPERT al referirse al precitado artículo 1315 del Código Civil francés indican, que toda persona que entable una acción judicial o que alegue una excepción frente a una acción entablada contra ella, tendrá que probar los hechos cuya existencia supongan la acción o excepción, ello por aplicación de la máxima actori incumbit onus probandi, excipiendo reus fit actor –artículo 1315-. Por el contrario, el que para rechazar una acción o una excepción sólo se limita a negar los hechos que les sirvan de fundamento no está obligado a probarlos, existiendo en su persona una situación adquirida. Respecto a la distribución de la carga de la prueba, los maestros franceses siguiendo a AUBRY y RAU indican que

---

[573] Valentín SILVA MELERO. Ob. cit. T. I. pp. 86 y 87.

el acreedor demandante debe probar cada hecho que el derecho o beneficio legal que pretenden hacer valer suponen existir o concurrir en el caso; pero no tendrían que demostrar la ausencia de causas o circunstancias cuya existencia hubiera podido impedir la adquisición del derecho o bien hubiera podido producir la caducidad o pérdida del beneficio legal por él alegado. Tampoco tendría que justificar que el derecho o el beneficio legal no ha sido modificado ni limitado, pues hay casos donde la prueba de la ausencia de un elemento esencial incumbe por el contrario al demandado y concluyen expresado […] *Esa distribución de la carga de la prueba, cuestión de derecho, depende no tanto de la condición de actor y demandado como de la naturaleza de los argumentos esgrimidos judicialmente*."[574]

Con relación a la forma de distribución de la carga de la prueba en el sistema de procedimiento civil venezolano, nos dicen los maestros BELLO LOZANO y BELLO-LOZANO MÁRQUEZ, que es la **naturaleza de los hechos** lo que determina la carga y no la posición o papel que asume el actor o el demandado en el proceso, ya que ellas son situaciones puramente circunstanciales que dependen simplemente de quien haya exigido la tutela judicial del Estado, todo lo cual motiva –a su decir- a la enunciación de los siguientes principios en materia de distribución de carga de la prueba:

a. Si se impone toda la carga de la prueba al actor, no tendría ninguna posibilidad de triunfo en la pretensión, si el demandado al efecto le alegare numerosos hechos extintivos, lo que es posible en el campo de las relaciones privadas.
b. El demandado no es ajeno a la cuestión que se debate, teniendo íntima relación con la cuestión debatida, lo cual se traduce en que el mismo conoce los hechos en los cuales funda el actor su pretensión y la defensa o excepciones que puede alegar, así como los medios probatorios relativos a ella.
c. El principio de la igualdad procesal de las partes en el proceso civil, también se inclina por la distribución de la carga y cada una de ellas debe aportar al proceso, aquello que no le sea difícil, pero que tampoco sea oneroso.
d. En materia civil rige el principio contradictorio y las partes cuidarán que del litigio resulte la verdad, a fin de obtener una sentencia justa.

Estos principios hacen concluir a los ilustres profesores patrios, que la distribución de la carga de la prueba no puede darse ateniéndose a la posición de las partes dentro del proceso, sino por el contrario a la **naturaleza de los hechos** donde cada una de ellas fundamenta su pretensión o excepción, asumiendo de esta manera la tesis del maestro CHIOVENDA que hemos estudiado, ello no obstante a que en su trabajo titulado "La Prueba y su Técnica" y "Tratamientos de los Medios de Prueba en el Nuevo Código

[574] Marcelo PLANIOL y Jorge RIPERT. Tratado Práctico de Derecho Civil Francés. Tomo Séptimo. Segunda parte. Traducción española Mario Díaz Cruz. Editorial Cultura S.A Habana. La Habana, 1941. pp. 760 y ss.

de Procedimiento Civil", los precitados maestros también apoyan la teoría de la innovación y en otra parte de las obras mencionadas, los se refieren a que en nuestro actual Código de Procedimiento Civil, mantiene el criterio del *"actori incumbit probatio",* conforme al cual al actor le incumbe la carga de la prueba, pero si el demandado en vez de limitarse a negar el derecho del actor, invoca a su vez ciertos hechos para destruirlos, se convierte en actor en cuanto a la alegación de esos hechos, debiendo asumir consecuencialmente la carga de la prueba, situación ésta que encuentra ubicación en el aforismo *"reus excipiendo fit actor"*, y que denota una aparente acogida a la tesis que considera actor al demandado que excepciona.[575]

Señalaron los profesores de la Universidad Santa María, que no siempre al actor corresponde la carga de la prueba de los hechos en que fundamente su demanda, pues según la conducta que asuma la parte demandada al momento de defenderse puede también éste asumir carga probatoria, por lo que si el demandado conviene en todos los hechos expuestos por el actor, éste último queda exento de toda carga probatoria; si el demandado reconoce el hecho pero le atribuye diferente significado jurídico, en función del principio *iura novit curia* corresponde al juez aplicar el derecho; si el demandado niega, rechaza y contradice los hechos expuestos por el actor en su demanda, corresponde a éste último toda la carga de la prueba; si el demandado reconoce el hecho con limitaciones, oponiendo defensas basadas en hechos extintivos, impeditivos o invalidativos o modificativos, asumirá la carga de probar tales hechos de excepción o exceptivos. En definitiva los precitados maestros no solo consideraron que la distribución de la carga de la prueba se realiza en atención a la naturaleza del hecho invocada por cada parte, sino que también y en forma indirecta –pues lo dejaron entrever- consideraron que debe observarse la posición que asuma la parte demandada al momento de contestar la demanda, circunstancia ésta diferente a la posición de las partes en el proceso, pues según la aptitud que adopte en ese momento seguirá el actor conservando la carga de probar sus extremos de hecho constitutivo; o bien quedará relevado de probar los mismos, asumiendo el demandado la carga de probar sus extremos de hecho de excepción –extintivos, impeditivos o invalidativos y modificativos- o bien ambos contendores asumirán simultáneamente la carga de probar sus extremos de hecho, cuando por ejemplo exista un reconocimiento parcial de los hechos constitutivos en que se basa la demanda y a su vez se hubiesen excepcionado hechos cuya prueba corresponde al demandado.

Al respecto consideramos que la tesis de nuestros antecesores no es la más acertada, pues como puede observarse del estudio de las diversas tesis o teorías que se han construido para determinar la forma como ha de distribuirse la carga de la prueba, no siempre el demandante fundamenta su pretensión en hechos de carácter o naturaleza **constitutiva**, pudiendo en ocasiones basarse la misma en hechos de

[575] Humberto BELLO LOZANO. La Prueba y su Técnica. pp. 97 y ss.

naturaleza extintiva, como la prescripción adquisitiva o la pretensión tendiente a obtener la liberación o extinción de la garantía hipotecaria cancelada y a la cual el acreedor se niega a liberar el bien; en hechos **impeditivos** o **invalidativos**, cuando se pretende anular un contrato u obligación por carecer de algunos de sus elementos fundamentales o esenciales; o podría fundamentarse en hechos **modificativos**, cuando se trate de acción declarativa tendiente a desenmascarar la supuesta existencia de un contrato de comodato, cuando lo que realmente existe en un contrato de arrendamiento. De esta manera no siempre los hechos constitutivos son el fundamento de la demanda, la cual puede basarse en hechos de otra naturaleza, circunstancia ésta que no fue apreciada por los ilustres probatoristas, donde la naturaleza de los hechos invocados como fundamento de las pretensiones o excepciones no se identifica con la posición que asumen las partes en el proceso.

También destacamos de la postura asumida por nuestros antecesores, que no se consideró la existencia de hechos eximidos de prueba, por ser notorios, negaciones o afirmaciones absolutas o indefinidas, estar amparados por una presunción legal, entre otras circunstancias, a propósito de la falta de previsión de los criterios correctivos de las reglas distributivas de la carga probatoria en base a la posición de facilidad en su realización, todo lo cual nos lleva a apartarnos de la posición asumida por los maestros que al final y en honor a la verdad, basaron su tesis en la interpretación simple y directa de las normas contenidas en los artículos 506 del Código de Procedimiento Civil y 1.354 del Código Civil, pero entendidas erradamente, al considerarse que la previsión conforme a la cual "*Quien pida la ejecución de una obligación deberá probarla*", habría de entenderse como que era al actor a quien correspondía la carga de probar los extremos de hecho constitutivo en que basa su pretensión; y cuando se enunció que "*quien pretenda haber sido libertado de ella debe por su parte probar el pago o hecho extintivo de la obligación*", se debía entender como que el demandado que excepcionaba el cumplimiento de la obligación, su extinción, modificación o invalidación, asumía la carga de la prueba de tales hechos.

El problema de la distribución de la carga de la prueba como expresara DEVIS ECHANDÍA, no es un problema de determinar quien debe aportar al proceso la prueba de los hechos controvertidos, ya que el judicante poco le interesa quien sea la parte que aporte las probanzas –principio de adquisición procesal- lo que realmente le interesa es que al momento de sentenciar las pruebas cursen en autos, de manera que el verdadero problema de la distribución de la carga de la prueba es determinar en la sentencia, cuando no existan pruebas de los hechos controvertidos en el proceso o sean insuficientes, sobre cual de las partes pesará o gravará la consecuencia jurídica desfavorable producto de la falta de prueba o de su insuficiencia, en otros términos cual de las partes tenía el interés de aportar la prueba de los hechos debatidos y no eximidos de prueba, que servían de presupuesto de la norma que consagra la consecuencia

jurídica constitutiva, extintiva, impeditiva o modificativa que habían solicitado y que les beneficiaba, para evitar de esta manera una sentencia adversa o contraria a sus intereses.

El criterio que debe aplicarse en materia de distribución de la carga de la prueba en el sistema de procedimiento civil, que excluye el penal y el contencioso administrativo por su especialidad y que analizaremos más adelante, hemos dicho que es aquel que identifica la posición de las partes respecto a la norma contentiva de la consecuencia jurídica que les beneficia y que han solicitado, indistintamente de la naturaleza de los hechos y de la posición que asuman en el proceso, como bien lo sostuvieron ROSENBERG, MICHELI Y DEVIS ECHANDÍA.

Correspondiéndole la carga de la prueba a la parte que enuncie el hecho -controvertido y no eximido de prueba- que es presupuesto de la norma que contiene la consecuencia jurídica constitutiva, extintiva, impeditiva o modificativa que le beneficia y que ha solicitado, cualquiera sea la posición que asuma en el proceso, siempre que se encuentra en una posición favorable para realizar dicha actividad demostrativa, de manera que si la parte tiene la carga de la prueba, no podrá sufrir la consecuencia de su falta o insuficiencia si la contraria se ubica en una mejor posición procesal por facilidad o disponibilidad para producir la prueba, en base al deber de lealtad procesal y colaboración con la justicia. Cada parte asume la carga de la alegación y de la prueba del hecho que sirve de fundamento o presupuesto de la norma que consagra el efecto jurídico perseguido por ella, cualquiera que sea su posición procesal, indistintamente de la naturaleza constitutiva, extintiva, impeditiva o invalidativa o modificativa de los hechos.

Aplicando esta regla o tesis de distribución de la carga de la prueba al contenido de los artículos 506 del Código de Procedimiento Civil y 1.354 del Código Civil, encontramos lo siguiente: Corresponde a la parte **demandante** la carga de la prueba de los hechos que sirvan de presupuesto de la norma contentiva de la consecuencia jurídica constitutiva, extintiva, impeditiva o modificativa perseguida o solicita en el libelo de la demanda como fundamento de su pretensión y que le beneficia; en tanto que corresponderá al **demandado**, la carga de la prueba de aquellos hechos que sirvan de presupuesto de la norma contentiva de la consecuencia jurídica constitutiva, extintiva, impeditiva, invalidativa o modificativa perseguida o solicitada en la contestación de la demanda como fundamento de su excepción y que le beneficia, siempre y cuando los hechos no estén eximidos de prueba y que la parte gravada con la actividad probatoria se encuentra en una posición de facilidad en la realización de la prueba, de manera que cuando nuestro legislador señala que ***"Quien pida la ejecución de una obligación deberá probarla",*** significa que es al demandante a quien corresponde la carga de la prueba de los extremos de hechos en que fundamente su pretensión, siempre que los mismos sean presupuesto de la norma contentivo de la consecuencia jurídica constitutiva, extintiva, impeditiva o modificativa solicitada o pedida

en el libelo de la demanda y que le beneficia; y cuando seguidamente se expresa ***"y quien pretenda que ha sido libertado de ella, debe por su parte probar el pago o el hecho extintivo de la obligación"*** significa que el demandado que se excepcione, tendrá que cargar con la prueba de los hechos que sirven de presupuesto de la norma contentiva de la consecuencia jurídica constitutiva, extintiva, impeditiva o modificativa perseguida en la defensa y/o que enerve la pretensión del accionante y que le beneficie.

Cuando se trate de **hechos negativos** aducidos por cualquiera de las partes en el proceso como presupuesto de la norma que consagra la consecuencia jurídica solicita y que le beneficien, en virtud de la facilidad probatoria, quien los aduzca estará eximido de la prueba, correspondiéndole la carga de probar el hecho positivo en contrario a quien pretenda desvirtuar el hecho negativo, por serle de mayor facilidad probatoria; cuando se trate de **afirmaciones o negaciones indefinidas**, quien los aduzca en el proceso, no asume carga probatoria. Respecto a **hechos presumidos** por la ley en forma desvirtuable, conforme a la política legislativa de nuestro sistema y en virtud de la facilidad probatoria, corresponderá la carga de la prueba a la parte que pretenda desvirtuar el hecho presumido por la ley, mediante la prueba en contrario, pudiendo incluso atacar la no prueba, inexistencia o irracionalidad de los hechos base de la norma que contiene la presunción legal.

Sin perjuicio de lo dicho hasta ahora y sumándonos al criterio de Lluís MUÑOZ SABATE ya comentado, en materia de distribución de carga probatoria no debe descartarse ninguna teoría que perfectamente puedan armonizarse junto con las cargas dinámicas, para en definitiva dar con el mejor criterio que en cada caso aplique.

8. LA DUDA PROBÁTICA COMO REGLA DE DISTRIBUCIÓN DE LA CARGA PROBATORIA. LA DISPONIBILIDAD Y FACILIDAD PROBATORIA COMO CRITERIOS CORRECTIVOS. CARGAS DINÁMICAS.

Como se ha venido señalando, la carga de la prueba corresponde a la parte que alegue el hecho o los hechos que sirven de presupuesto de la norma que contiene la consecuencia jurídica que resuelve la controversia jurisdiccional; que la distribución de la carga de la prueba se hace en atención al interés que tenga la parte de demostrar ese hecho que sirve de presupuesto de la norma, indistintamente de la posición procesal que tenga, de la aptitud que adopte o de la naturaleza del hecho traído a los autos, siendo un problema que se le presenta al judicante en su inmensa soledad al final del proceso y al momento de pronunciar su fallo definitivo, que se produce cuando las partes han presentado sus

enunciados de hecho como fundamento de sus pretensiones o excepciones, sin que hayan allegado al proceso las pruebas de esos enunciados –cumplimiento de la carga de la alegación pero no de la prueba- lo que hará activar esa regla de juicio que le indicará al juzgador contra quién ha de fallar como consecuencia de esa ausencia de material probatorio suficiente para la convicción o certeza judicial.

La existencia de hechos enunciados como fundamentos de las diversas pretensiones sostenidas por las partes, controvertidas, no exentas de prueba y no acreditadas con la actividad probatoria que corresponda a cada una de promover los medios que sirvan para llevar las fuentes que se utilizarán para compararlos con precitados enunciados y crear la certeza judicial, ha llevado a concebir el problema de la carga de la prueba, más que como un problema de falta de prueba -ausencia de material probatorio- como un problema de "***duda probática***" como lo sostiene Lluís MUÑOZ SABATÉ, considerada como un estado de la mente del judicante antes de tomar la decisión de dar o no por demostrados o probados determinados hechos controvertidos, lo que ha sido acogido como sistema de distribución de la carga de la prueba por la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil Española 1/2.000, en los términos de una "***duda dilemática***" que se mueve entre afirmaciones disyuntivas, como son la del demandante y la del demandado, quienes afirman dos versiones contrapuestas que requieren de probática y de material probatorio, para determinar cual de las dos versiones vertidas es la cierta y real, lo que produce que al faltar dicho material probatorio o al ser insuficiente, surge en la mente del judicante un estado de vacilación, indecisión o perplejidad cuya única solución es a través del denominado *onus probandi*, donde se resolverá la vacilación judicial a través de la aplicación de las consecuencias perjudiciales a quien debió –interés- probar el hecho y no lo hizo.[576]

Señala el artículo 217.1 de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil española, al referirse a la regla general de Distribución de la carga de la prueba que […] *Carga de la prueba. 1.- Cuando, al tiempo de dictar sentencia o resolución semejante, el tribunal considerare dudosos unos hechos relevantes para la decisión, desestimará las pretensiones del actor o del reconviniente, o las del demandado o reconvenido, según corresponda a unos u otros la carga de probar los hechos que permanezcan inciertos y fundamenten las pretensiones...*". En forma general la distribución o atribución de la carga de la prueba la realizará el juez al momento de dictar su fallo, ateniéndose al problema relativo a la duda –duda probática- de la existencia o no de los hechos relevantes en el proceso para la toma de la decisión producto del la falta de material probatorio, lo cual traerá como consecuencia que deba desestimar las pretensiones del demandante o las excepciones del demandado, según haya correspondido a unos u otros la carga de probar los hechos que permanezcan inciertos y fundamenten las pretensiones o excepciones; pero el problema de la duda probática no solo se produce cuando no

---

[576] Lluís MUÑOZ SABATÉ. Fundamentos de la Prueba Judicial Civil LE.C. 1/2000. pp. 165 y ss. Igualmente en Curso de Probática. pp. 117 y ss.

existan en el proceso la prueba de los hechos relevantes y controvertidos, sino también en aquellos casos en que las pruebas cursantes en autos sean insuficientes, lo cual produce que igualmente debe aplicarse el principio del riego probatorio u *onus probandi*.

Destacamos que no obstante a la postura o tesis de la duda asumida por el legislación española como regla general distributiva o atributiva de la carga de la prueba, que directamente le indicará al operador de justicia contra quien ha de fallar, no se abandona la tesis de la consecuencia jurídica contenida en la norma y pretendida por las partes, así como tampoco la tesis de la naturaleza de los hechos traídos al proceso, tal como puede observarse de los numerales 2° y 3° del artículo 217 de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil Española, que señalan […] 2. *Corresponde al actor y al demandado reconviniente la carga de probar la certeza de los hechos de los que ordinariamente se desprenda, según las normas jurídicas a ellos aplicables, el efecto jurídico correspondiente a las pretensiones de la demanda y de la reconvención. 3. Incumbe al demandado y al actor reconvenido la carga de probar los hechos que, conforme a las normas que le sean aplicables, impidan, extingan o enerven la eficacia jurídica de los hechos a que se refiere el apartado anterior...*"

Corresponde al demandante y al demandado-reconviniente –demandante en la reconvención- la carga de probar los hechos enunciados y controvertidos no eximidos de prueba que sirven de presupuesto de las normas que contienen las consecuencias jurídicas a que se refiere la pretensión de la demanda o de la reconvención; igualmente, corresponde al demandado o actor-reconvenido, la carga de la prueba de los hechos enunciados, controvertidos y no eximidos de prueba que sirven de presupuesto de las normas contentivas de las consecuencias jurídicas que impidan, extingan o enerven la eficacia jurídica de los hechos constitutivos, de ahí que si existe una identidad entre el hecho alegado –hecho pretendido- por la parte y la consecuencia jurídica contenida en la norma, quien afirme tal hecho tiene la carga de demostrar la certeza del mismo, so pena de sufrir los efectos de la falta o insuficiencia de prueba, por lo que al hacer referencia la legislación española a los hechos de excepción, directamente asume la tesis de la naturaleza de los hechos invocados por las partes, como lo son los constitutivos, impeditivos y excluyentes.

Concluye el maestro español Lluis MUÑOZ SABATÉ manifestando que para determinar la distribución o atribución de la carga de la prueba, no solo deben seguirse considerando las viejas fórmulas romanas –por demás insuficientes para resolver el problema- sino también la naturaleza de los hechos concretos que se alegan en el juicio, siendo pertinente en cada proceso reconocer su dinámica, la cual en definitiva será la que marque su regla de juicio, que en definitiva conduce a tener que pronunciarse por un ponderado casuismo como único instrumento de definitiva viabilidad, donde se conjuguen –agregamos- o combinen las diversas fórmulas, tesis, teorías, reglas y principios que determinan la forma como ha de distribuirse el principio de la falta de prueba, duda u *onus probandi*, como podrían ser la

posición de las partes en el proceso, la naturaleza de los hechos invocados en la litis, la conducta asumida por las partes, la relación de las partes con la consecuencia jurídica consagrada en la norma resolutoria del conflicto, entre otras y especialmente las cargas dinámicas.

Lo antes dicho conlleva a que las reglas o principios que orientan la distribución de la carga de la prueba, más que rígidas, son flexibles y amoldables a cada caso en particular donde deban aplicarse, lo que ha dado pié a que se tomen en cuenta, a los fines de determinar la distribución o atribución entre las partes del interés de traer al proceso la prueba de la certeza de los hechos controvertidos, las circunstancia de **disponibilidad** y **facilidad** probatoria de cada contendor en los términos del artículo 217 de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil española, que siguiendo con las últimas tendencias jurisprudenciales en materia de *onus probandi*, recoge la regla de la ***"disponibilidad y facilidad probatoria que corresponda a cada una de las partes en el litigios",*** como medio corrector de las normas sobre la carga de la prueba, lo cual supone en ocasiones, con independencia de la naturaleza del hecho afirmado, que la prueba deba hacerla o traerla al proceso aquella parte que tiene mayor facilidad para ello o la que esté más próxima o dispone de la fuente de probatoria, por lo que si al momento de dictarse la sentencia no se ha podido alcanzar la prueba o certeza sobre los hechos controvertidos, el judicante deberá tomar en consideración y valorar la facilidad y disponibilidad probatoria de cada parte con respecto del hecho, aplicando las consecuencias desfavorables de la ausencia de prueba, en función de tales circunstancias. De esta manera el numeral 6° del artículo 217 de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil española, señala […] *6. Para la aplicación de lo dispuesto en los aparatados anteriores de este artículo el tribunal deberá tener presente la disponibilidad y facilidad probatoria que corresponda a cada una de las partes del litigio*."

El principio de "**disponibilidad**" de la prueba se refiere a una situación de cercanía, acceso o contacto de la parte con la fuente o medio de prueba, que le permite mayor posibilidad de aportar o trasladar al proceso la demostración del hecho controvertido, lo cual no puede confundirse con la indisponibilidad negligente, como podría ser la falta de diligenciamiento de la parte para la preservación de la prueba, para su obtención o materialización; por su parte la "**facilidad**" de la prueba –fuente o medio- tiene carácter más general que la disponibilidad y se encuentra referida, a la exactitud, fiabilidad o posibilidad económica de realizar y para realizar la prueba -medio-.

Como caso de dificultad probatoria podría señalarse la *infitiatio* o contestación genérica de la demanda, cuando la prueba de todos lo hechos corresponden al actor por haber el demandado asumido una conducta pasiva contraria a la colaboración procesal, circunstancia esta ante la cual podría asumirse la tesis de facilidad probatoria y hacer recaer la falta de prueba sobre la parte demandada, quien no obstante a que no asumió carga probatoria, al ampararse en una disconducta procesal pasiva –*infitiatio*- debe asumir el riesgo de la falta o insuficiencia de la prueba por serle mas fácil la aportación de los

elementos probatorios, pues de lo contrario se premiaría la conducta pasiva, poco colaboradora, obstruccionista, desleal y maliciosa de la parte demandada. Lo anterior evidencia que en los criterios correctivos en materia de distribución de a carga probatoria, no se observa la posición de las partes en el proceso y con relación a la norma jurídica, sino el comportamiento que asumen las partes en el proceso.

MUÑOZ SABATÉ al referirse a la norma en comento escribe, que los principios en cuestión no responden al posicionamiento procesal de las partes ni a la naturaleza de los hechos afirmados, sino a su comportamiento en la litis, implicando una conducta procesal con lo cual trascienden a la propia regla de distribución de la carga de la prueba, incardinándose en el área de valoración de la prueba; que debe diferenciarse la **atribución** de la carga probatoria de la **distribución**, pues la primera se refiere a la forma como la ley determina la carga de la prueba, en tanto que la segunda se refiere a la forma como se produce la carga de la prueba en virtud de la dialéctica procesal, a la posición de las partes en el proceso, los hechos aducidos, la posición de las partes en relación a la consecuencia de la norma jurídica, la conducta que asuman las partes en el proceso, de donde y respecto al tema de la distribución de la carga de la prueba se reflejan tres fenómenos a saber:

a. ***Distribución***: Que corresponde al criterio correcto como el juzgador debe aplicar la consecuencia del riesgo de la falta de prueba o insuficiencia de prueba de los hechos debatidos en el proceso judicial.
b. ***Inversión***: Que consiste en una infracción de las reglas de distribución de la carga probatoria por parte del operador de justicia, al hacer recaer el riesgo de la falta probatorio o de su insuficiencia, en la persona que conforme a la ley no corresponde el interés de probar.
c. ***Basculación***: Que se produce cuando la carga de la prueba se distribuye o desplaza en forma múltiple o zig-zag como dice HEDEMANN, tal como sucede cuando una afirmación es negada, pero al negarse se ofrece otra afirmación que a su vez es negada con otra afirmación que a su vez es negada y así sucesivamente, por ejemplo, se demanda el cumplimiento del contrato y el demandado excepciona la nulidad por minoridad, en tanto que el actor expresa que hubo consentimiento del representante y el demandado, aduce que la persona que intervino no era el representante y así sucesivamente.

La novedad contenida en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil española, ya venía siendo tratado tanto por la jurisprudencia como por la doctrina española, a cuyo efecto MONTERO AROCA habría expresado que la parte que tiene mayor facilidad para probar y que se encuentra más próxima a la fuente de prueba, debe correr con la carga de la demostración, independientemente de la naturaleza del hecho,[577]

---

[577] Juan MONTERO AROCA. Derecho Jurisdiccional II. pp. 266 y ss. También La Prueba en el Proceso Civil. pp. 53 y ss.

situación también tratada doctrinariamente por en nuestro continente por el maestro Jairo PARRA QUIJANO, para quien la prueba cumple un papel fundamental en la prestación del servicio de justicia, siendo incluso de rango constitucional, que se traduce en que en muchos casos la parte a quien le interesa aportar al proceso la prueba de los hechos que sirven de presupuesto de la norma contentiva de la consecuencia jurídica pedida, no tenga que realizar tal probanza, pues al resultarle más difícil desahogarla hace que sea la otra parte quien deba hacer tal aportación al proceso, siempre que ésta tenga mejor acceso, facilidad o disponibilidad del medio probatorio, tal como sucede con el caso de los hechos negativos y de los hechos presumidos por la ley, en materia de simulación y seguros por ejemplo, todo lo que condensa en el título "Prueba de difícil obtención, con tintes de proeza".[578]

El tema de la disponibilidad y facilidad probatoria como criterios correctivos y complementarios de las reglas de distribución de la carga probatoria, cuando se está en presencia de dificultad probatoria para alguna de las partes que asume la carga probatoria, que y como hemos visto son asumidas bajo el enunciados de "disponibilidad" y "facilidad probatoria" se trata de la misma versión de la "**carga dinámica**" de la prueba que ha sido tratada en la doctrina argentina ante la posición más favorable de alguna de las partes de hacer la prueba de los hechos, bien por su contacto o cercanía con la fuentes probatorias o por la posibilidad de hacer la prueba –producir el medio probatorio- aunque no sea sobre ella quien recae como tal la carga de la prueba. Esta tesis se fundamento especialmente en la versión constitucional del derecho probatorio, en la aplicación del sistema garantita, la igualdad procesal, la lealtad, el deber de colaboración con la justicia y especialmente la interdicción a la indefensión.

La aplicación de la carga dinámica se presenta –como hemos indicado- en casos donde existe dificultad probatoria en cabeza de aquel sobre quien redunda la carga de la prueba, cuya aplicación como criterio complementario y correctivo de la regla de distribución resulta necesario en un proceso constitucional y garantista que respete los derechos constitucionales y fundamentales, permitiéndose así por vía judicial –si no existe regulación legal como sucede entre nosotros- la flexibilización o atenuación de las reglas distributivas que hacen permeables las reglas básicas, incluso y como lo hemos sostenido, más que una flexibilización se trata de un complemento constitucionalmente necesario que hace viable la justicia e impide su burla ante la posición o actitud que asuma alguna de las partes que encontrándose ante una mejor posición de hacer la prueba, por no tener la carga de la demostración del hecho asume una conducta procesal pasiva, omisiva u obstruccionista.

Algunos casos más frecuentes en materia de cargas dinámicas se presentan en responsabilidad médica, responsabilidad de consumidores, condiciones de contratación, seguros, contratos financieros y

---

[578] Jairo PARRA QUIJANO. Ob. cit. pp. 241.

bancarios, tarjetas de crédito, enfermedades y accidentes laborales, medio ambiente, simulación, entre otros.

En definitiva diremos que las reglas sobre la distribución de la carga de la prueba no son consttucional y garantistamente suficientes, si no se toman en consideración los criterios correctivos o cargas dinámicas, haciendo recaer la consecuencia de la falta o insuficiencia de pruebas, sobre aquella parte que no solo tenía el interés de demostrar los hechos que son presupuesto de las normas que contienen las consecuencias jurídicas que le benefician y han pedido, sino que también se encontraba en una situación de facilidad y disponibilidad en hacer la prueba, de manera que si sobre una parte pesa la carga pero no está en una situación favorable para realizarla, el judicante en la sentencia deberá analizar la cuestión y ante la conducta de la parte favorecida de no colaborar con la justicia y ser leal, para evitar la indefensión hará recaer la consecuencias de la falta de prueba sobre quien estaba en la precitada posición de favorecimiento respecto a la prueba. Agregamos además que este es un tema conectado directamente con el derecho constitucional de acceso al sistema probatorio, lo que permite afirmar que ante falta de regulación expresa en la legislación, perfectamente es de aplicación –obligatoria- por el judicante al momento de dictar su sentencia.

Dicho esto nos preguntamos **¿Podríamos trasladar esos principios correctivos de la distribución de la carga de la prueba, referido a la disponibilidad o facilidad probatoria –también cargas dinámicas- a nuestro sistema procesal vigente?**

La respuesta a esta interrogante ya la hemos dado, más se nos antoja profundizar al respecto para lo cual comencemos diciendo que uno de los valores fundamentales y superiores de nuestro ordenamiento jurídico es la justicia, tal como lo dispone el artículo 2 constitucional el cual solo puede alcanzarse –desde una noción procesal- a través de una decisión que se fundamente en un sistema garantista, donde se establezcan o verifiquen los hechos enunciados por las partes a través de la comparación con las fuentes que se aporten por los medios probatorios, que conduzcan a la convicción o certeza judicial, luego de lo cual y sin perjuicio que los hechos puedan establecerse por estricta legalidad, máximas de experiencia o sucedáneo de pruebas, se aplique e interprete la norma jurídica del caso para la extracción de la consecuencia correspondiente.

Conforme al derecho a la tutela judicial efectiva contenido en el artículo 26 constitucional, el Estado se compromete ha garantizar una justicia caracterizada por la gratuidad, accesibilidad, imparcialidad, idoneidad, transparencia, autonomía, independencia y responsabilidad, entre otras circunstancias y donde se garanticen los derechos constitucionales de aplicación procesal contenidos en el artículo 49 *ejusdem*, que comprende entre otros derechos fundamentales el de acceso al sistema probatorio que como hemos enunciado en otro momento involucra la anticipación de medios,

preconstitución aseguramiento de fuentes probatoria, apertura del lapso probatorio, promoción de medios, oposición a la admisión, providenciación, recurribilidad de la providenciación, evacuación con contradicción o bilateralidad y valoración, a lo que ahora incorporamos el tema de la distribución de la carga probatoria que como tema fundamental de la cuestión probatoria no puede quedar fuera del elenco de elementos que pueden considerarse amparados por el precitado derecho de acceso al sistema probatorio. Por otro lado y conforme a lo normado en el artículo 21 constitucional, todas las personas son iguales ante la ley, a cuyo efecto se garantizará las condiciones jurídicas y administrativas para que la igualdad ante la Ley sea real y efectiva.

Tomando en consideración las normas señaladas y aplicándola a la materia probatoria que rige nuestro proceso civil, especialmente las normas atributivas o distributivas de la carga de la prueba que y como hemos dicho está amparado por el derecho constitucional de acceso al sistema probatorio, nos resulta sostenible afirmar que sería inconstitucional y desconocería los valores, principios y fundamentos constitucionales, si al aplicarse la regla distributiva de la carga de la prueba el judicante no tomara en consideración la falta de disponibilidad, acercamiento, cercanía, acceso, contacto y/o facilidad, que puedan tener las partes sobre quien pesa la carga de la prueba, de allegar al proceso las fuentes y promover los medios probatorios demostrativos de las circunstancias de hecho afirmadas que son el presupuesto de la norma contentiva de la consecuencia jurídica que les favorece, situación ésta que además premiaría la pasividad, omisión, deslealtad –*infitiatio*- de la parte contraria sobre la cual no pesa la carga probatoria, quien sencillamente se limitaría a negar, rechazar y contradecir todos los hechos para de ésta manera hacer pesar el gravamen de la prueba sobre su contendor judicial, no obstante a su posibilidad, facilidad, disponibilidad, acercamiento o accesibilidad que tiene de obtener y aportar al proceso las fuentes y los medios probatorios para la verificación de aquellos hechos afirmados, controvertidos y no eximidos de prueba, que si bien puede producirles consecuencias desfavorables, constituyen la demostración de las precitadas afirmaciones que es el camino hacia la justicia que se plasmará en la sentencia.

En este sentido el judicante debe ponderar los elementos de disponibilidad y facilidad probatoria –cargas dinámicas- a los efectos de determinar la distribución de la carga de la prueba, para aplicar la consecuencia de la falta de prueba o de su insuficiencia, en el momento en que va a producir su fallo judicial, pues resulta injusto, inconstitucional y hasta irracional, que se aplicara la consecuencia de la falta de prueba suficiente, a aquella parte que si bien tiene el interés de demostrar el hecho que sirve de presupuesto de la norma que consagra la consecuencia jurídica que ha solicitado y que le beneficia, carece de la disponibilidad y facilidad para aportar al proceso las fuentes y proponer los medios probatorios para acreditar los hechos, cuando es su contendor quien no obstante a asumir una conducta totalmente pasiva que hace desplazar la carga probatoria, tiene mayor facilidad y disponibilidad para aportar la prueba de

los hechos debatidos, lo cual evidencia una típica disconducta procesal de aquella parte que no colabora con la justicia ni cumple su deber de lealtad. El juzgador al momento de sentenciar y hacer recaer el peso de la falta o insuficiencia de prueba en aquella parte que tenía el interés de aportar las mismas al proceso, debe observar si la misma tenía disponibilidad y facilidad de llevarlas al proceso, pues de lo contrario si dicha disponibilidad y facilidad la tenía la otra parte, quien deberá sufrir la consecuencia de la falta o insuficiencia de la prueba, es ésta última, siempre que no se trate de indisponibilidad negligente, de lo contrario –de no aplicarse estos correctivos de distribución de carga probatoria- se premiaría la pasividad de la parte que tiene mayor disponibilidad y facilidad probatoria, se vulneraría el derecho a la defensa e igualdad procesal y el contenido de los artículos 2°, 21, 26 y 49 constitucionales, a propósito.

Afirmamos que es inconstitucional y antigarantista que ante la demostración o la inferencia del judicante –según la dialéctica procesal y especialmente por la conducta que adopten las partes en el proceso- de la imposibilidad o indisponibilidad de la parte sobre la cual pesa la carga de la prueba de realizar la actividad tendiente a allegar al proceso las pruebas, lo cual igualmente sucedería en el caso que la parte no obstante a haber agotado todos los recursos procesales existentes para traer al proceso la prueba viera frustrada su función, el judicante aplicara la regla de juicio sin más, sin tomar en consideración los criterios correctivos y las cargas dinámicas, pues no solo estaría premiando la conducta pasiva, omisiva y obstruccionista de la contraparte, sino que además se estaría quebrantando el derecho constitucional y humano de igualdad procesal, desarrollado en el artículo 15 del Código de Procedimiento Civil, lo que en definitiva conduciría a una clara lesión al derecho a la tutela judicial efectiva y al debido proceso, concretamente cuando se refieren al derecho de acceso al sistema probatorio.

Pero **¿Cómo podría obligarse a una de las partes a aportar la prueba que le produce consecuencias jurídicas desfavorables, cuando corresponde a la otra la aportación de tal probanza?** Más aún **¿resulta aplicable este criterio si no existe regulación legal al respecto?**

Comencemos con responder la última de las interrogantes, para lo cual y como hemos indicado al elevarse a categoría –positivación- constitucional el tema probatorio a través del acceso al sistema probatorio, poco importa si la ley regula o desarrolla el tema de las cargas dinámicas o criterios correctivos de las reglas de la carga probatoria, de manera que su aplicación en el proceso más que posible se presenta como obligatoria y necesaria, debiéndose tener en consideración para el momento de la sentencia en los casos de falta o insuficiencia probatoria. En este sentido afirmamos que el tema de las cargas dinámicas con base constitucional y en un sistema garantista, es de aplicación obligatoria por el judicante, quien debe echar mano directa al texto constitucional –artículos 2, 21, 26, 49 y 257constitucionales- como fundamento de su aplicabilidad.

Respecto a la primera de las interrogantes, diremos que en principio parece absurdo que la parte sobre la cual no pesa la carga de la prueba, tenga el interés de aportar la prueba de los hechos que le son desfavorables por tener mayor disponibilidad o facilidad para su obtención, lo que se basaría en una noción egoísta y particularista del proceso, más cuando observamos la noción publicista del proceso como instrumento de realización de la justicia caracterizado por derechos constitucionales y humanos que deben garantizarse, inmediatamente debemos afirmar que esa conducta pasiva, omisiva u obstruccionista de la parte no gravada con la prueba, debe ser castigada en la sentencia por ser contraria a la igualdad y lealtad procesal, de manera que si bien en principio no existe la posibilidad al judicante de obligar a la parte que no tiene la carga de la prueba de producir la prueba de los hechos afirmados, sí podrá en la sentencia hacer recaer en su persona la consecuencia de la falta de prueba y fallando en su contra, como en los casos de simulación, enfermedades laborales, discriminación por sexo, prestaciones sociales, entre otros.

Incluso y con relación a las cargas dinámicas, disponibilidad y especialmente en cuanto a la facilidad probatoria nuestra doctrina acoge indirectamente la misma como criterio de corrección en materia de distribución de carga probatoria, cuando se refiere a **hechos negativos** y a **hechos presumidos** por la ley en forma desvirtuable, los primeros indistintamente de la parte que los traiga al proceso como presupuesto de la norma que consagra la consecuencia jurídica que le beneficia y que han solicitado, la carga de la prueba recae en la parte contrario, mediante la afirmación y demostración del hecho positivo en contrario, siendo a la parte contraria a quien alegó o excepcionó el hecho negativo quien tendrá la carga de aportar el hecho positivo en contrario que lo desvirtúe o desmienta, ello en función de resultar mas fácil para éste último la realización de la prueba del hecho positivo en contrario; en el caso de las "presunciones legales" la parte que alegue los hechos y las pruebas de tales hechos que son la base o presupuesto de la norma jurídica que consagra la presunción legal, no asume la carga de la prueba del hecho presumido, siendo la parte contraria quien puede atacar el hecho presumido mediante la aportación de la prueba en contrario que la desvirtúe, por ser mas fácil la producción de la prueba, de manera que en materia de hechos negativos y de hechos presumidos, se aplican los criterios de facilidad probatoria para la distribución del riesgo de la falta de prueba. Un último caso lo tenemos en la doctrina de Casación Social cuando el demandado –patrono- no desconoce la existencia de la relación laboral, en cuyo caso toda la carga probatoria pesa sobre él, quien tiene mayor facilidad probatoria en demostrar todos aquellos hechos vinculados con la relación laboral, al tener el expediente personal del trabajador.

9. INVERSIÓN DE LA CARGA DE LA PRUEBA.

Parte de nuestra doctrina más calificada,[579] escribe que en materia de *onus probandi* existe el denominado fenómeno de la "inversión de la carga de la prueba", el cual se produce por motivos legales o convencionales, consistiendo dicho fenómeno en hacer pesar la carga de la prueba sobre la parte que originalmente no está obligado a soportar ese gravamen, dicho de otra manera, consiste en hacer pesar la carga de la prueba sobre la parte contraria a quien debe cargar con la misma. Estos casos de inversión de carga de la prueba se deben fundamentalmente a dos circunstancias, una de índole legal, como lo son la inasistencia de la parte demandada a la contestación de la demanda –artículo 362 del Código de Procedimiento Civil- y las presunciones *iuris tantum*; y la otra circunstancia es la de índole convencional, que se produce cuando existe entre las partes convenio sobre la forma como ha de distribuirse en el proceso la carga probatoria.

En el primero de los casos señalados –inasistencia de la parte demandada a la contestación de la demanda- se observa que en principio es a la parte accionante a quien corresponde demostrar en el proceso los hechos enunciados que sostienen su pretensión, los cuales a su vez son el presupuesto de la norma contentiva de la consecuencia jurídica pedida en la demanda, pero si una vez citada legalmente la parte demandada ésta no comparece ni por sí ni por intermedio de apoderado judicial alguno, se consumará el primero de los elementos que dibujan la confesión ficta, lo cual a su vez no produce que los hechos expuestos en la demanda se tengan como ciertos al seguir manteniendo su carácter de controvertidos, lo que dará paso al llamado fenómeno de la inversión de la carga de la prueba, donde y como consecuencia de la falta de contestación de la demanda, los hechos narrados por el demandante en su pretensión quedarán amparados por una presunción desvirtuable o *iuris tantum* que hacen que el el mismo quede relevado de toda carga probatoria, pasando la misma –inversión- a la parte demandada quien en todo caso tiene el derecho e incluso el interés de probar o desvirtuar la presunción *iuris* que sobre los hechos enunciados por el demandante pesan.

De lo dicho puede afirmarse que la contumacia de la parte demandada que se produce por su falta de contestación, no trae como consecuencia que los hechos enunciados en la demanda como fundamento de la pretensión queden como ciertos, por el contrario, se presumen ciertos pero en forma desvirtuable o no absoluta que hace invertir la carga probatoria, pasando la misma a la parte demandada quien para enervar los efectos producidos por la presunción, tendrá que aportar al proceso los medios de prueba que demuestren lo contrario a lo presumido, de donde se deduce que el fenómeno de la inversión

---

[579] Léase a los autores patrios Humberto BELLO LOZANO en su obra "La Prueba y su Técnica" y a Humberto BELLO LOZANO MÁRQUEZ en su obra "Tratamiento de los Medios de Pruebas en el Nuevo Código de Procedimiento Civil.".

se produce, más que por la falta de contestación de la demanda, por la presunción que se produce por tal circunstancia.

Pero **¿si los hechos enunciados como fundamento de la pretensión han quedado amparos por una presunción desvirtuable y el demandado no ha excepcionado hecho alguno –carga de la afirmación- como podría aportar la prueba de hechos no traídos a los autos?**

La respuesta a esta interrogante debe estar precedida del recordatorio que las partes no solo tienen la carga de la prueba, sino que tienen la carga de la explanación –*onus explanandi*- alegación, de manera que tenemos:

a. Si la parte no enunció o alegó el hecho no podrá demostrarlo y consecuencialmente perderá el proceso, no pudiendo el juez de oficio corregir el error, dada la existencia del principio de congruencia.
b. Si la parte enunció o alegó el hecho pero no lo demostró, el judicante deberá aplicar al regla de juicio y fallar contra la parte que no aportó al proceso la prueba de los hechos que son el presupuesto de la norma contentiva de la consecuencia jurídica que resuelve el conflicto judicial, situación ésta que tampoco puede ser corregida por el juzgador, ni siquiera haciendo uso de su actividad probatoria oficiosa, pues la misma no puede utilizarse para enmendar la negligencia probatoria de la parte, salvo que se trate de los casos de disponibilidad y facilidad probatoria. Igual circunstancia se produce en materia de insuficiencia de pruebas.
c. Si la parte enunció o alegó el hecho, lo demostró pero no solicitó la consecuencia jurídica correcta, perderá el proceso, ya que el operador de justicia mal podría corregir el error sin incurrir en *ultrapetita, citrapetita o extrapetita.*
d. Si la parte enunció o alegó el hecho, lo demostró pero no invocó la norma legal que ampara el derecho pretendido, el judicante deberá aplicar oficiosamente la misma en función del principio *iura novit curia*, lo que se produce igualmente en los casos en que la norma invocada por las partes no corresponda con los hechos controvertidos en el proceso, siempre que la consecuencia jurídica perseguida y pedida sea la contenida en la norma que llegue a aplicar oficiosamente el juez.

Dicho esto indiquemos que si la parte no enunció o alegó el hecho que es fundamento de la pretensión o excepción, el mismo no podrá ser tema de la prueba, de manera que la parte demandada que no ha dado contestación mal podría en puridad de verdad aportar prueba alguna que le favorezca, pues ciertamente no ha excepcionado hecho alguno que lo beneficie, lo que a su vez no significa que no puede aportar las pruebas tendientes, ya no a demostrar hechos no excepcionados sino a desvirtuar la presunción *iuris tantum* que pesa sobre los hechos expuestos por el actor en su libelo de demanda, a cuyo

efecto podrá allegar al proceso en la etapa probatoria, todos las fuentes a través de los medios de prueba que tenga a su disposición que de una u otra manera extingan, invaliden, impidan, deroguen, modifiquen o excluyan al hecho constitutivo sobre el cual pesa la presunción; sólo de ésta manera podría permitirse a la parte demandada aportar al proceso las pruebas que le favorezcan, que no tiendan a demostrar hechos no alegados, sino a desvirtuar hechos presumidos en forma no absoluta.

Pero el fenómeno de inversión de la carga de la prueba no solo se produce en los casos de inasistencia del demandado a la contestación de la demanda, sino también cuando el hecho alegado o excepcionado por alguna de las partes se encuentra amparado por una presunción desvirtuable o *iuris tantum*, caso en el cual la parte que afirme tal hecho no asumirá carga alguna, teniendo la contraparte en todo caso que asumir la carga de aportar la prueba que desvirtúe el hecho amparado por la presunción, por lo que si el hecho afirmado en el proceso se encuentra amparado por una presunción desvirtuable, se producirá la inversión de la carga de la prueba, correspondiéndole a la parte contraria de quien alegó el hecho amparado por la presunción la carga de aportar la prueba del hecho que extinga, invalide, impida, derogue, modifique o excluya el hecho presumido.

El último de los motivos o circunstancias que hacen invertir la carga de la prueba, es la voluntad de las partes, a través de los pactos sobre prueba a los cuales nos referiremos más adelante, siendo éstos los elementos y casos que a criterio de la doctrina patria producen la inversión de la carga de la prueba.

Sin perjuicio de lo dicho, que ha sido criterio doctrinario y jurisprudencial en nuestro sistema de procedimiento y procesal, quees la enseñanza que se nos imparte en nuestras universidades, lo cierto es que el término **"inversión de la carga de la prueba"** se ha empleado de manera errada para referirse a un problema que como veremos es de distribución del riesgo probatorio, pues el término inversión sólo debe ser aplicado cuando el judicante haya vulnerado o violentado las reglas distributivas de la carga probatoria, haciendo recaer la misma sobre quien y conforme a la ley o conforme a los criterios de disponibilidad y facilidad probatoria, no asume en el proceso judicial la carga de aportar la prueba de los hechos debatidos y consecuencialmente no podrá ni deberá sufrir la consecuencia de la falta o insuficiencia de pruebas.

Cuando nos referimos a la "**no contestación de la demanda**", realmente no estamos en presencia de una "inversión de la carga de la prueba", sino ante una saturación de la prueba producto del indicio endoprocesal que como medio de prueba adquiere el patrimonio procesal de la parte demandante, proveniente de la conducta omisiva del demandado que no compareció a contestar, lo que conducirá a tener como demostrado los hechos enunciados fundamento de la pretensión con el citado indicio procesal, asumiendo el demandado la carga de la infirmación de ese indicio procesal mediante la aportación de la prueba en contrario. Por su parte cuando nos referimos a las "**presunciones**

desvirtuables" tampoco estamos en presencia de una "inversión de la carga probatoria" sino de una regla de atribución especial donde corresponderá la prueba en contrario del hecho presumido, a la parte contraria de la que se beneficie de tal presunción, ello como consecuencia de serle mas fácil la producción de la prueba –criterio de política legislativa referido a la facilidad probatoria-.

Lo dicho nos conduce a afirmar que es errada la utilización de la noción de la "inversión de la carga probatoria" cuando estamos en presencia de falta de contestación de la demanda y de presunciones desvirtuables, lo que sólo resulta aplicable para referirse a la infracción de las reglas distributivas o atributivas de carga probatoria.

10. NUEVAS TENDENCIAS EN MATERIA DE INVERSIÓN DE LA CARGA DE LA PRUEBA.

El fenómeno de la inversión de la carga de la prueba no ha sido considerado en forma unánime por la doctrina, incluso encontramos autores extranjeros que niegan su viabilidad, más aún la legalidad de la inversión de la carga de la prueba, tal como es el caso del maestro Lluis MUÑOZ SABATE,[580] para quien la inversión de la carga de la prueba consiste en trasladar la misma sobre quien, según la norma no debería resultar afectado, lo cual produce una manifiesta infracción de la regla sobre la distribución o atribución de la carga de la prueba, como en el caso del tablero de ajedrez cuando se invierte de bando la figura de la reina sin previos movimientos de juego, lo cual produce una clara infracción del reglamento del juego. La inversión de la carga de la prueba es ilícita y no existe, ya que no hay norma que la autorice, tal como sucede en nuestra legislación procesal.

Cuando se habla de "inversión de la carga de la prueba" como consecuencia de la presunción *iuris tantum* que produce la inasistencia del demandado a la contestación de la demanda o como consecuencia de la presunción expresada en la ley, no se está en presencia de una inversión del *onus probandi*, sino de una valoración de cargo suficiente para considerar demostrados los hechos, de manera que en este caso habrá rebaja de la dosis de prueba a cargo del demandante, por considerarla saturada por el indicio endoprocesal desprendido de la conducta contumaz del demandado que historifica la afirmación del demandante, quien adquiere adquirirá para su acervo probatorio la conducta del demandado, consecuencia de lo cual no estamos en presencia de inversión de cargo probatoria sino de casos de saturación por la conducta procesal. De lo dicho destacamos:

a. La inasistencia del demandado a la contestación de la demanda no produce inversión de la carga de la prueba, sino saturación de la carga probatoria del demandante.

[580] Lluís MUÑOZ SABATÉ. Ob. cit. pp. 181 y ss.

b. La saturación de la carga probatoria del demandante se produce como consecuencia del la conducta omisiva del demandado, que al no contestar genera o produce un indicio procesal que precisamente será la prueba demostrativa de los hechos señalados en la demanda.
c. Es al demandado a quien corresponde por distribución la carga de aportar la prueba que desvirtúe el indicio procesal proveniente de su conducta al no contestar la demanda.
d. La inversión de la carga de la prueba es un fenómeno inexistente, pues en los casos de inasistencia del demandado a la contestación de la demanda, lo que se produce es una saturación de los hechos constitutivos y un desplazamiento del riesgo de la falta de prueba.

Esta noción de la inexistencia del fenómeno de la inversión de la carga de la prueba, producto de la inasistencia del demandado a la contestación de la demanda, también se traslada a las **presunciones *iuris tantum***, donde la parte que afirme un hecho amparado por una presunción desvirtuable no asume carga alguna, correspondiéndole a la parte contraria asumir la contraprueba, no por vía de inversión sino de desplazamiento de la carga probática y probatoria, en virtud de la facilidad probatoria. En consecuencia la presunción desvirtuable produce una saturación o satisfacción de la carga probatoria que corresponde a la parte que alega el hecho amparado por una presunción legal, quedando de ésta manera completada su carga y correspondiéndole a la otra parte, la aportación de la contraprueba que desarticule la presunción de hecho.

Concluyendo tenemos que bajo la premisa de las nuevas tendencias en materia probatoria, no se habla ya de una "inversión de la carga de la prueba", sino de un desplazamiento de la misma por saturación del *onus probandi*, constituyendo un criterio totalmente desfasado y superado en estos tiempos, hablar de "inversión de la carga de la prueba", salvo cuando se hay vulneración por parte del juzgador de las reglas legales de distribución o atribución probatoria.

11. CONVENIOS O PACTOS SOBRE PRUEBAS.

Es frecuente observar relaciones contractuales de índole privado donde se establecen ciertos convenios sobre la forma como ha de distribuirse el riesgo probatorio, incluso llega a reglamentarse a cual de las partes, en caso de llegarse a un conflicto judicial, corresponde la carga de aportar las pruebas de los hechos controvertidos, mas para determinar la validez de los pactos sobre pruebas es necesario retomar el tema de la naturaleza de las normas reguladoras de la materia, y al efecto tenemos que si las reglas de la carga de la prueba están dirigidas fundamentalmente al judicante y operan en el proceso al momento de dictar la sentencia, no para estimar o desestimar las peticiones de las partes, sino para poderse resolver la situación de incertidumbre o dilemática que produce la falta de aportación de material probatorio

suficiente, es concluyente que esas reglas tengan naturaleza procesal, siendo en consecuencia normas de orden público o *ius cogens*, excluidas la disposición o disponibilidad de las partes, no pudiendo ser modificadas, alterados o inobservadas por convenio de las partes.

Para determinar la factibilidad y validez de los pactos sobre pruebas –pactos sobre la distribución de la carga de la prueba- debe tomarse en consideración la legislación de cada país, pues sólo cuando esté prohibida por la ley es que los mismos serán no nulos, sino inexistentes. Todo pacto sobre prueba en principio sería inexistente cuando pretendiera reglarse de manera diferente a la señalada por la ley, como sucedería en los siguientes casos:

a. Cuando se le otorgue valor probatorio a una prueba prohibida por la ley.
b. Cuando a una prueba se le otorguen un valor probatorio superior al señalado en la ley.
c. Cuando a la prueba se le otorgue un valor probatorio inferior al señalado en la ley.
d. Cuando se le permita al judicante valorar libremente una prueba cuyo mérito se encuentra tasado por la ley.
e. Cuando se permita demostrar un hecho con una prueba no permitida por la ley o inconducente.
f. Cuando se modifiquen, alteren o deroguen las reglas de la carga de la prueba establecidas en la ley.
g. Cuando se alteren, modifiquen o deroguen las reglas sobre la promoción y evacuación de las pruebas, contenidas en la ley.

Los pactos probatorios que de alguna manera regulen las situaciones señaladas se reputan como inexistentes, pues las normas sobre pruebas al ser de carácter procesal, se hayan revestidas del orden público que impide a las partes alterar su esencia, salvo los casos expresamente permitidos en la ley, mas en la actualidad se permite cierta tolerancia para dar validez a los pactos probatorios, en los casos que se analizan en el siguiente punto.

12. NUEVAS TENDENCIAS EN MATERIA DE PACTOS SOBRE PRUEBAS.

Partiendo que los pactos sobre la materia probatoria son totalmente inexistentes ante la prohibición de pactar sobre la aplicación de normas de naturaleza procesal, modernamente han surgido nuevas tesis que permiten pactar las reglas distributivas de la carga de la prueba, en consideración a la disponibilidad o facilidad en la obtención y aportación de las fuentes y los medios –noción general de prueba- al proceso –criterios correctores o cargas dinámicas- en pro de contribuir y garantizar una verdadera tutela judicial efectiva que a su vez garantice una sentencia justa, permitiéndose así incluir en las relaciones contractuales

de índole privado las reglas especiales de distribución de la carga probatoria y diferentes a las atribuidas en la ley, siempre que se encuentren en juego únicamente derechos disponibles.

Si existe plena disponibilidad de los derechos e intereses que se negocian, para crear mayor certeza jurídica y evitar la imposibilidad de traer a los futuros procesos las pruebas que demuestren los hechos enunciados, controvertidos y no eximidos de prueba, aplicando criterios constitucionales y garantistas tenemos que es perfectamente viable que se produzcan pactos sobre pruebas, siempre –claro está- que las mismas tiendan a facilitar la disponibilidad de los medios probatorios, pues si el pacto suscrito únicamente tiende a despojar a unas de las partes de su interés probatorio –como generalmente sucede con los contratos que realizan las instituciones financieras y bancarias- el mismo no solo sería ilegal, desigual e ilícito, sino más aún inexistente, por lo que en las relaciones contractuales y solo en los casos que pudiera justificarse la indisponibilidad o imposibilidad de alguna de las partes para producir futuramente las pruebas, es que pudieran aceptarse como válidos los pactos sobre pruebas, especialmente cuando nadie mejor que las partes para saber cuales son las dificultades probatorias, de lo contrario se estarían lesionando los derechos constitucionales de aplicación procesal, salvo los casos de **ofertas de prueba** donde alguna de las partes no gravada con la carga probatoria, asuma voluntariamente la aportación de la prueba, lo que no hace desaparecer la regla legal distributiva de la carga de prueba.

13. LA CARGA DE LA PRUEBA EN EL SISTEMA DE PROCEDIMIENTO PENAL. EL ESTADO DE INOCENCIA Y EL *IN DUBIO PRO REO*.

Nos dice MIRANDA ESTRAMPES analizando el régimen de la carga probatoria en su aspecto subjetivo y objetivo, el primero que como estudiamos se presenta como una regla de conducta de las partes que debe seguir para no sufrir la consecuencia de la falta o insuficiencia de prueba, al tener la carga de la alegación y prueba del hecho que sirve de presupuesto de la norma que consagra la consecuencia jurídica que han pedido y les beneficia; en tanto que su aspecto objetivo se refiere a esa regla de juicio que le indica al judicante cómo y contra quien fallar cuando haya ausencia de material probatorio suficiente que permita la convicción judicial, que en el sistema de procedimiento penal sólo opera este último, siendo inaplicable la noción o aspecto subjetivo como consecuencia de la existencia del derecho constitucional y humano del estado de inocencia, que aún y cuando el procedimiento penal se rige por el principio acusatorio, apareja la consecuencia de hacer recaer exclusivamente la carga probatoria sobre el ente acusador quien deberá realizar una actividad probatoria que permita romper dicha presunción a través de una mínima actividad probatoria de cargo.

Señala el autor español que en el proceso penal no tiene lugar como tal la regla distributiva de la carga probatoria, por lo que ante la falta de prueba de prevaler el *status inocentiae* y ante la existencia de material probatoria que arroje dudas al judicante, como regla de valoración probatoria deberá aplicar el principio *in dubio pro reo*, sosteniendo en consecuencia el precitado estado constitucional, consecuencia de lo cual afirma que puede establecerse la siguiente regla: quien afirma la culpabilidad de una persona debe probarla, en cuyo caso y ante la ausencia de prueba de la culpabilidad, deberá absolverse al acusado, lo que en definitiva e igual que sucede en el sistema de procedimiento civil, evita un *non liquet*.

En esta misma tónica el maestro PARRA QUIJANO señala que la introducción del concepto de carga de la prueba es totalmente contrario a la organización del proceso penal y no solo eso, sino peligroso para los asociados. Señala que […] *Si el Código está informado por el sistema acusatorio o es un sistema mixto con tendencia acusatoria, no podría afirmarse que la fiscalía resulte estimulada por la carga de la prueba para demostrar determinados hechos que, de no aparecer probados, le causarían perjuicio procesal a esta parte. La actividad de mal o descuidado probador, no la sufre la fiscalía, como sí la parte en el proceso civil. Cuando en materia civil existe duda sobre la existencia de un hecho, el juez recurre al sucedáneo de la prueba: la carga; en cambio, en materia penal, la duda la resuelve a fav*or *del reo. ¿De donde, entonces, puede salir la aplicación de la carga de la prueba en materia penal?".* Termina señalando el precitado maestro colombiano […] *reiteramos nuestra afirmación: es muy peligroso para los asociados el introducir el concepto de carga de la prueba en lo penal. Es mejor hablar de la presunción de inocencia, y mientras en el proceso no se demuestre la responsabilidad de la persona, ésta es inocente, sin que soporte ninguna carga, lo que impide, y a veces con calidad de exigencia, que colabore para esclarecer los hechos.*"[581]

En este mismo sentido NIEVA FENOLL quien nos dice que el concepto de la carga de la prueba es ajeno al sistema de procedimiento penal, tanto en su vertiente subjetiva como objetiva, dado que las situaciones de *non liquet se* resuelven a través de la presunción de inocencia que como tal, no es una norma de carga de la prueba. Indica que mientras en el proceso civil la carga de la prueba es una última ratio de Derecho probatorio, donde antes de acudir a la misma el juez tiene que intentar una labor de valoración de la prueba y solo en caso que dicha valoración se revele absolutamente imposible poruq eno haya prueba en realidad, es que puede acudirse a la solución de la carga probatoria, consistente fundamentalmente en decidir para cual de las partes era más sencillo probar un determinado hecho, de manera que si ese hecho no resulta probado en el proceso, el uez impodrá que esa falta de prueba es imputable al litigante a quien era más fácil probar ese hecho, fallando en consecuencia en su contra.

Indica el precitado profesor español que este esquema no resulta aplicable en el proceso penal, por resultar profundamente *iusprivatista* al convertgir el proceso en una especie de relación jurídica contractual con auténticas obligaciones, denominpandose eufemísticamente "cargas". Que […] *Por*

---

[581] Jairo PARRA QUIJANO. Ob. cit. p. 247.

imposición del principio de igualdad de partes habría que repartir la carga del mismo de modo que se ha descrito para el proceso civil, es decir, atendiendo a la facilidad probatoria. Pero a ello se opone el principio básico que sirve de guía para prácticamente todo el proceods penal: la presunción de inocencia, que impide por completo poder exigirle al reo que aporte pruebas en su descargo para que sea posible absolverlo. Lo que sucede es que le problema del non liquet ha sido resuelto en el proceso penal de diferente forma a lo que acontece en el proceso civil, alejándose los legisladores de un sistema en el que tenga alguna intervención una institución tan radical como la carga de la prueba." La presunción de inocencia o su fórmula similar en el proceso anglosajón como el "*beyond any reasonable doubot*", la que da la clave al juez de qué hacer cuando actuando en conciencia, preferiría no pronunciarse en un caso concreto porque no cree tener las pruebas suficientes ni para declarar la inocencia ni para declarar la culpabilidad, en cuyos casos y en aplicacón de la precitada presunción de inocencia la respuesta es única: La absolución del acusado.[582]

La "**presunción de inocencia**" o "**estado de inocencia**" se presenta como un derecho constitucional y humano que involucra el derecho a ser tratado como inocente y en el marco del proceso penal, al mantenimiento de su estatus hasta que se produzca una sentencia firme que declare su culpabilidad en la forma que veremos, lo que encuentra su ubicación en el artículo 49.2 constitucional conforme al cual […] *Toda persona se presume inocente mientras no se pruebe lo contrario.*", y desarrollado en el artículo 8 del Código Orgánico Procesal Penal conforme al cual […] *Cualquiera que se le impute la comisión de un hecho punible tiene derecho a que se le presuma inocente y a que se le trate como tal, mientras no se establezca su culpabilidad mediante sentencia firme.*", derecho del cual forma parte o se ve integrado por el principio *in dubio pro reo* –también de rango y naturaleza constitucional y fundamental- como lo explicaremos más adelante, pero que no se identifica ni puede confundirse, teniendo un radio de acción mucho más limitado que la presunción de inocencia. La presunción de inocencia en el sistema de procedimiento penal como derecho constitucional y humano se presenta como una regla de juicio que impone la carga probatoria al acusador y determina el estatus de inocencia del acusado hasta que dicho estado no se rompa mediante una prueba de cargo suficiente que determine la culpabilidad del acusado respecto al delito que se le imputa o acusa, de manera que de no producirse dicha prueba la sentencia debe ser absolutoria, tal como lo prevé Pacto Internacional de Derecho Civiles y Políticos en su artículo 14.2 al establecer que […] *toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley.*" Pero la presunción de inocencia como derecho fndamental también se ubica en el artículo 9 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, en el artículo 11 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, en el artículo 8 de la Convención Americana de los Derecho humanos –Pacto de San José de

---

[582] Jordi NIEVA FENOLL. Fundamentos de Derecho Procesal Penal. Editorial Edisofer S.L. Libros Jurídicos. Buenos Aires, 2012. pp. 277 y ss.

Costa Rica- en el artículo 6.2 del Convenio de Roma para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales de 4 de noviembre de 1950 y en el acta final de Helsinki de 1 de agosto de 1975.

En este sentido nos dice MIRANTA ESTRAMPES que para que la presunción de inocencia –como verdad interina- pueda ser sustituida por una sentencia de condena es necesario que quede acreditada la culpabilidad del acusado, como consecuencia que el judicante obtenga la convicción o certeza acerca de la culpabilidad sin ningún tipo de duda racional, mediante una prueba de "cargo" objetivamente incriminatoria, formada en juicio con todas las garantías –contradicción o bilateralidad, concentración, publicidad, gratuidad, inmediación- y en cuya valoración se hayan respetado las reglas de la sana crítica, fruto de lo cual el judicante ha lograr un convencimiento de la culpabilidad más allá de toda duda razonable.[583]

De lo dicho podemos resumir que el derecho al estado de inocencia involucra y se caracteriza por:

a. Tratarse de un derecho constitucional y humano que garantiza a toda persona a ser tratado como inocente y en forma digna, así como a no tenerse como culpable hasta que se produzca una sentencia definitiva que determine su culpabilidad sobre el hecho que se le acuse.
b. Se trata de una regla de juicio –noción objetiva de la carga probatoria- que le indicará al judicante cómo sentenciar cuando en el proceso no existan pruebas suficientes que demuestren la culpabilidad del acusado, en cuyo caso debe mantener el estatus de inocencia y absolver.
c. Como consecuencia de la precitada presunción, en el sistema de procedimiento penal no existe una noción subjetiva de la carga, correspondiendo al acusador la carga de probar los hechos que constituya la acusación, especialmente la culpabilidad del acusado.
d. El estado de inocencia sólo puede romperse como consecuencia de una prueba de cargo, esto es, una prueba suficiente que racionalmente pueda ser considerada como incriminatoria o inculpatoria del delito acusado, producida en el proceso mediante una mínima actividad probatoria que recaiga sobre el conjunto de elementos fácticos u objetivos que integran el delito por el cual se produce la condena y no por un delito distinto, que permita sustentar la convicción judicial más allá de toda duda razonable.
e. La mínima actividad probatoria que produzca la citada prueba de cargo, debe estar revestida del cumplimiento de todos los derechos, garantías y principios que rigen el sistema de procedimiento, especialmente que la prueba se forme en juicio, en audiencia pública y oral –salvo

[583] Manuel MIRANDA ESTRAMPES. Ob. cit. pp. 614 y ss.

la anticipación de medios- con inmediación del juez que ha de sentenciar, concentración, bilateralidad o contradicción y publicidad.

f. La valoración del judicante respecto a la prueba de cargo producida por esa mínima actividad probatoria, debe ser consecuencia de la aplicación de las reglas de la sana crítica, de manera que no se incurra en ilogicidad, irracionalidad o irrazonabilidad en la valoración.

g. La regla de juicio que comentamos y producida por la presunción de inocencia, se activará en la medida de la ausencia de prueba de cargo suficiente, aunque ante una insuficiencia probatoria que involucra una actividad probatoria que no genera certeza en el juzgador respecto a la culpabilidad del delito acusado, como manifestación del estado de inocencia que debe sostenerse, se aplicará el complemento del *in dubio pro reo*, como principio de valoración probatoria como veremos.

PARRA QUIJANO define el derecho a la presunción de inocencia como aquella por medio de la cual se ordena tener a toda persona como inocente, hasta que no se acredite el hecho punible –doncuta punible- y la responsabilidad mediante un proceso celebrado con todas las garantías.[584]

Como hemos indicado el derecho al estado de inocencia se complementa como el "***in dubio pro reo***"**,** el cual se refiere más que a una regla de juicio determinante de la distribución de la carga probatoria en el sistema de procedimiento penal, a una regla de interpretación, valoración y apreciación probatoria que se presenta cuando existe en el proceso una mínima actividad probatoria que genere una prueba de cargo pero que es insuficiente para convencer al judicante, quien al analizar el material probatorio que le genera "dudas" respecto a los elementos objetivos y subjetivos que integran al tipo penal, deberá favorecer al acusado manteniendo el estado de inocencia que constitucionalmente se presume.

Si bien el *in dubio pro reo* tiene categoría constitucional, se diferencia de la presunción de inocencia y más aún la complementa, pues como "regla subjetiva" va dirigida al "judicante" para la valoración de las pruebas de cargo que en caso de duda, favorecerá al acusado desechando la acusación; en tanto que la presunción de inocencia en el sistema de procedimiento penal, se presenta como una "regla objetiva" de distribución de la carga probatoria en cabeza del acusado quien tendrá que realizar una mínima actividad probatoria para producir una prueba de cargo que destruya el estado de inocencia que constitucionalmente pesa sobre el imputado y acusado. No obstante a lo señalado lo cierto es que tanto la presunción de inocencia como el *in dubio pro reo*, tiene un origen común: el principio genérico *favor rei*.

Nos dice el maestro italinano Giovanni LEONE en su Tratado de Derecho Procesal Penal, que el *in dubio pro reo* como principio, sólo regula el rpegimen de interpretación y valoración de la pruba, no perteneciendo a la teoría de la carga de la prueba, en el sentido que en caso de duda el juez debe

---

[584] Jairo PARRA QUIJANO. Ob. cit. p. 259.

conceptuar presente un hecho impeditivo d ela pretensión punitiva y por tanto, aplicar al caso concreto la norma que la hipotiza pronunciando sentencia de absolución a favor del imputado.[585]

La diferencia entre la presunción de inocencia y el principio in dubio pro reo dice PARRA QUIJANO, que la prmera rige en todo el proceso y en el aspecto probatorio, de manera que si no hat prueba de la existencia del hehco punible o de la responsabilidad del sindicado, hay que absolver y la persona es inocente; pero si hay actividad probatoria encaminada a probar los hechos constitutivos de la infracción y la responsabilidad del sindicado, habiendo pruebas tendiente a desvirtuar esos hechos constitutivos que crean objetivamente esa certeza de duda en el judicante, debe absolver. Por ello la duda –probatoriamente- aparece lidaga a *favor rei*".[586]

MONTERO AROCA al tratar el tema en estudio nos dice que conforme al principio de la presunción de inocencia, el acusado es inocente mientras no se declare lo contrario en sentencia condenatoria, lo que impone que a lo largo del proceso debe ser tratado y considerado como inocente, consecuencia de lo cual: a. Se trata de una garantía procesal, en cuanto no afecta ni a la calificación de los hechos como delictivos ni a la responsabilidad penal del acusado, sino que solo atiende a la culpabilidad del mismo, de modo que ha de resultar probado que ha participado en el hecho; b. La garantía procesal no se refiere ni a los actos del procedimiento ni a la forma o requisitos de la sentencia, sino que sirve para determinar el contenido del pronunciamiento absolutorio o condenatorio de la sentencia misma; c. Comprende todos los elementos de hecho por lo que pueda condenarse en la sentencia, elementos que son objetivos, en cuanto a la prueba ha de referirse necesariamente a lo constatable por medio de los sentidos, no a los elementos subjetivos o *animi*; d. El acusado no necesita probar nada, siendo toda la carga de la prueba por cuenta de los acusadores, de modo que si falta la misma ha de dictarse sentencia absolutoria.

Sigue diciendo el maestro español que la presunción de inocencia sólo puede entenderse desvirtuada cuando en el proceso se ha practicado prueba válida y sea de cargo, de modo que habría que distinguir: a. Cuando exista actividad probatoria la fase oral del proceso y que la misma sea practicada con observancia de las normas constitucionales y legales que regulan la admisibilidad de los medios de prueba y su práctica, especialmente el tema de la prueba ilícita; y b. Constatación de que los medios probatorios que se practicaron dieron como resultado de cargo, esto es, en contra del acusado, lo que supone distinguir entre interpretación de los resultados probatorios y su valoración. Indica que la prueba que sirve a la convicción judicial es aquella formada en juicio oral y contradictorio, no sirviendo la actividad realizada en la fase preliminar –para nosotros los actos de investigación- salvo el caso de la

---

[585] Giovanni LEONE. Tratado de Derecho Procesal Penal. T. I. p. 66.
[586] Jairo PARRA QUIJANO. Ob. cit. p. 262.

anticipación de medios; concluye expresando que el *in dubio pro reo* no forma parte de la presunción de inocencia, sino que debe ser incardinado en la valoración de la prueba.[587]

Jesús GONZÁLEZ PEREZ al tratar el tema de la presunción de inocencia nos dice, que conforme a la sentencia del Tribunal Constitucional Español 107/1983, limitadamente se venía aplicando como un mero principio teórico de derecho en el ámbito de la jurisdicción criminal a través del axioma *in dubio pro reo*, relacionado con la valoración benigna de las pruebas en caso de incertidumbre, lo que luego pasaría a convertirse en un amplio derecho fundamental al constitucionalizarse su existencia en el artículo 24.2 de la Constitución española, haciéndose vinculante para todos los poderes públicos y dotándola de la protección de amparo, al presentarse como una garantía procesal que determina la exclusión inversa de culpabilidad criminal de cualquier persona durante el desarrollo del proceso, por estimarse que no es culpable hasta que así se declare en una sentencia condenatoria, de manera que hasta tanto no se pruebe lo contrario toa persona debe reputarse como inocente.

Dice el Tribunal Constitucional español –SSTC 94/1998- que el derecho a la presunción de inocencia como regla de juicio impone exigencias respecto a quien debe aportar las pruebas, en qué momento y lugar deben practicarse los medios de prueba, qué debe entenderse por prueba legal y constitucionalmente válida, como respecto a la necesidad de que la valoración probatoria se someta a las reglas de la lógica y de la experiencia; entre los múltiples aspectos de este concepto polifacético hay una, la procesal, que consiste en desplazar el *onus probandi* con otros efectos añadidos, comportando en el orden penal, al menos las cuatro siguientes características: a. La carga de la prueba sobre los hechos constitutivos de la pretensión penal corresponde exclusivamente a la acusación, sin que sea exigible a la defensa una *probatio diabólica* de los hechos negativos; b. Sólo puede entenderse como prueba practicada en juicio oral bajo inmediación del órgano judicial y publicidad con observancia de los principios de contradicción y publicidad; 3. De dicha regla general sólo pueden exceptuarse los supuestos de prueba preconstituida y anticipada, cuya reproducción en el juicio oral sea o se prevea imposible y siempre que garantice el ejercicio del derecho de defensa o la posibilidad de contradicción; y 4. La valoración conjunta de la prueba practicada es una potestad exclusiva del juzgador, que éste ejerce libremente con la sola obligación de razonar el resultado de dicha valoración –SSTC 76I19990, 138/1992, y 102/1994-.

En sentencia 33/2000 del Tribunal Constitucional español se señalaría, que la presunción de inocencia en el orden penal, entre otras consecuencias involucra que la carga de la prueba sobre los hechos constitutivos de la pretensión penal, recaiga exclusivamente sobre la acusación, sin que sea exigible a la defensa una *probatio diabólica* de los hechos negativos, debiéndose tratar de una prueba de cargo

[587] Juan MONTERO AROCA. Principios del Procesal Penal. Una Explicación basada en la razón. Editorial Tirant Lo Blanch. Valencia, 1997. pp. 151 y ss.

encaminada a fijar el hecho incriminado que en tal aspecto constituye el delito, así como las circunstancias concurrentes en el mismo –agravantes- por una parte, y por la otra la participación del acusado, incluso la relación de causalidad, con las demás circunstancias subjetivas y la imputabilidad. En síntesis, las que se asignan como objetivo de la investigación, como lo es la averiguación y constatación de la perpetración de los delitos, con todas las circunstancias que puedan influir en su calificación, así como la culpabilidad de los delincuentes. La prueba de cargo corresponde hacerla a quien acusa, lo que ofrece un doble aspecto cuantitativo y cualitativo que puede sintetizarse en la necesidad de que se haya producido una mínima actividad probatoria, pero suficiente y además, con signo incriminatorio.[588]

JAUCHEN por su parte nos dice que respecto a la carga de la prueba en el procedimiento penal, como tal no existe distribución de la misma según traiga como consecuencia cierta la fijación formal de los hechos constitutivos de la *litis*, en virtud de la obligación de cada parte de probar los hechos que afirma. Indica que ello es así debido a que en razón del interés público que el proceso penal, es al Estado por medio del órgano acusador a quien incumbe probar los hechos que sustentan la pretensión punitiva, gozando el imputado de su natural estado de inocencia y en consecuencia nada tendrá que probar, ni siquiera sus excusas o justificaciones, pues si bien tiene el derecho de hacerlo, la circunstancia de que omita esa actividad no le acarreará consecuencia procesal alguna. Es al Estado a quien corresponde probar su culpabilidad para destruir la presunción de inocencia, incluso –indica- hasta teniendo que investigar la posibilidad de que hayan existido aquellas excusas o justificaciones alegadas por el imputado o acusado, con independencia de la prueba que éste produzca al respecto, ello como consecuencia del principio de investigación integral.[589]

Para terminar este apartado y como se ha señalado en otro momento, el tema del estado de inocencia como derecho constitucional y humano que forma parte del debido proceso en los términos del artículo 49 constitucional, que garantiza el derecho a la defensa y también se ubica en el derecho de acceso al sistema probatorio, impacta en materia penal y determina la regla de distribución de la carga de la prueba, colocando en cabeza del acusador el interés de acreditar los elementos de hecho en que se fundamenta su acusación conforme a la teoría del caso que se presente; esta regla en los términos expresados en la Constitución es absoluta, no solo por le hecho de no prever excepciones, sino de no hacer remisión alguna al legislador ordinario para que por vía legal prevea casos excepcionales, de donde pueda apreciarse que toda normativa legal que de alguna manera coloque la carga dela prueba en cabeza

---

[588] Jesús GONZÁLEZ PÉREZ. Ob. cit. pp. 260 y ss.
[589] Eduardo M. JAUCHEN. Ob. cit. pp. 38 y ss. También en Derechos del Imputado. Editorial Rubinzal-Culzoni. Buenos Aires, 2007. pp. 101 y ss.

del acusado, se aleja del tema constitucional por lesiva al debido proceso, a la defensa y al derecho de acceso al sistema probatorio.

En este orden de ideas, tanto en la fase de investigación como en el procedimiento penal propiamente dicho, siempre corresponderá la carga de la prueba de la responsabilidad penal por la comisión de un hecho punible al acusador, sea público y privado dependiendo del delito, lo que resulta una consecuencia inmediata dela aplicación del derecho constitucional al estado de inocencia y que no require de otra previsión constitucional o legal que la refuerce, tal y como por ejemplo se prevé en la legislación colombiana, donde la propia Constitución señala que la carga de la prueba corresponde al acusador y que en ningún caso podrá invertirse, expresión esta última que y como señalamos en nuestro sistema legal parecería como redundante ante la previsión constitucional expresa que no reguló excepciones respecto ni la pobilidad de preverse vía legislativa.

Cualquier distribución de la carga probatoria que pueda hacer el judicante, colocando en cabeza del acusado la carga de demostrar su inocencia, relevando al acusador de una mínima actividad probatoria que produzca su demolición o destrucción, no solo infringiría la regla legal de distribución, sino que afectaría el tema constitucional y concretamente el derecho al estado de inocencia y de acceso al sistema probatorio, sin perjuicio del derecho a la defensa; igualmente y en cuando atribución que el legislador puediera establecer, colocando la carga de la prueba de la inocencia en cabeza del acusado, tendría las mismas consecuencias señaladas y en éste últmo caso en un estado constitucional y de derecho, garantista, la norma inconstitucional tendría que reverse vía control de la constitucionalidad en los términos del artículo 334 constitutucional, en concordancia con lo normado en el artículo 19 del Código Orgánico Procesal Penal.

Sin perjuicio de lo dicho y pareciendo baladí que en nuestro sistema constitucional debería hacerse una reforma constitucional donde a la previsión del estado o presunción de inocencia se le adosara la expresión que “en ningún caso podría invettirse la carga de la prueba”, pues se presentaría redundante, la realidad tristemente en otra, ello primeramente por el hecho de toparnos con normas legales que en determinados casos coloca la carga de la prueba de la inocencia en cabeza de investigados, imputados y acusados, como sucede en materia de enriquecimiento ilítico conforme a la Ley Contra la Corrupción, legitimación de capitales, conforme a la Ley de Delicuencia Organizada y Financiamiento del Terrorismo, en concordancia con las recomendaciones del GAFI –Grupo de Acción Financiera- y GAFIC –Grupo de Acción Financiera del Caribe- las cuales a propósito de ser meras recomendaciones, serán aplicables en cada Estado en la medida que su nomativa interna constitucional no regule lo contrario y lo permite, ilícitos cambiarios conforme a la Ley correspondiente y finalmente entre otras en materia de contrabando de extracción conforme a la Ley de Precios Jutos; y por otro lado por el hecho de la interpretación y

aplicación de estos criterios insconstitucionales y antigarantistas por parte de fiscales y jueces arbitrarios, incluso con el aval nada más y nada menos que del Tribunal Supremo de Justicia" en los casos de la llamada "guerra económica".

Como indicamos la previsión del derecho constitucional y humano al estado de inocencia que repercute en materia de carga probatoria en el proceso penal, no admite excepciones, de manera que todas estas normas legales al margen de la Constitución que colocan en cabeza de investigados, imputados y acusados la carga de la prueba de su inocencia, son síntomas inequívocos de un Estado represivo, totalitario, arbitrario y abusivo como se ha visto en los últimos quince (15) años, que debe ser frenado por los demás Poderes del Estado, por ejemplo a través del control de constitucionalidad, no estándole permitido su aplicación con criterios trasnochados y políticos, ni por problemas de dificutad probatoria como generalmente suele justificarse por fiscales y jueces incompetentes, abusivos y arbitrarios a la orden de otros Poderes del Estaodo, de cuyo actuar son responsables ante la lesión de los derechos constitucioales, lo que en definitiva pareciere abogar por la inclusión constitucional para de una vez cerrar, no solo el debate sobre el tema, si no para poner límite a los Poderes e Intituciones arbirarias y abusivas.

En todo caso y respecto al tema que nos interesa en éstos momentos, insistimos que bajo ningún concepto en nuestro esquema constitucional puede ilegal e inconstitucionalmente mediante atribución o distribución invertir la carga probatoria colocando en cabeza de investigados, imputados y acusados la prueba de su inocencia, lo que siempre corresponderá al acusador respecto a los hechos imputados y acusados que forman parte de su teoría del caso; igualmente todas éstas normas y recomendaciones –en el caso del GAFI y GAFIC- señaladas deben reverse vía control de constitucionalidad y finalmente la interpretación constitucional y garanrista de los diversos operados jurídicos, especialmente el Ministerio Público y el Poder Judicial, debe ser respuetuoso de este derecho constitucional y humano.

14. LA CARGA DE LA PRUEBA EN EL SISTEMA DE PROCEDIMIENTO LABORAL.

En el sistema de procedimiento laboral la regulación legal de la carga de la prueba se encuentra en el artículo 72 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, que dispone […] *Salvo disposición legal en contrario, la carga de la prueba corresponde a quien afirma hechos que configuren su pretensión o a quién los contradiga, alegando nuevos hechos. El empleador, cualquiera que fuese su presencia subjetiva en la relación procesal, tendrá siempre la carga de la prueba de las causas del despido y del pago liberatorio de las obligaciones inherentes a la relación de trabajo. Cuando corresponda al trabajador probar la relación de trabajo gozará de la presunción de su existencia, cualquiera que fuese su posición en la relación procesal.*" Conforme a esta norma legal y procesal en principio corresponde al demandante la carga de la prueba de aquellos hechos afirmados que configuran su pretensión y que son el presupuesto de la norma contentiva de la consecuencia jurídica perseguida o solicitada, en tanto que corresponderá a la

parte demandada la carga de probar aquellos nuevos hechos que han sido traídos al proceso, como consecuencia de la contradicción de los hechos afirmados por el demandante, siempre que sirvan de presupuesto de la norma contentiva de la consecuencia jurídica que aspira el pretensionado, salvo que exista alguna disposición legal que señale lo contrario.

En el sistema de procedimiento laboral salvo las reclamaciones de daños por accidentes laborales, fundamentalmente se discuten los siguientes hechos: a. Prestación de servicios o realización de una labor; b. Beneficiario de la prestación de servicios; c. Relación de subordinación y dependencia; d. El despido; e. Causas del despido; f. Salario; g. Conceptos que comprende el salario. Llevados estos hechos a los casos prácticos tenemos que conforme al precitado artículo 72 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, la carga de la prueba corresponde a quien afirme los hechos, es al demandante a quien corresponde demostrar sus extremos de hechos enunciados como fundamento de su pretensión al ser el presupuesto de la norma contentiva de la consecuencia jurídica que le beneficia; en tanto que corresponde la carga de la prueba a quien contradiga alegando nuevos hechos; corresponde al patrono cualquiera que fuere su presencia subjetiva en el proceso, demostrar las causas del despido y el pago liberatorio de las obligaciones inherentes a la relación de trabajo, pero cuando al trabajador corresponda probar la relación de trabajo, gozará de la presunción de su existencia, cualquiera que fuere su posición en la relación procesal.

Por su parte conforme a lo previsto en el artículo 53 de la Ley Orgánica del Trabajo, de los Trabajadores y Trabajadoras, […] *Se presume la existencia de una relación de trabajo entre quien preste un servicio personal y quien lo reciba*.", lo que en el marco del procedimiento laboral impacta pues y salvo el caso de procesos por daños causados por accidentes de trabajo, corresponde en principio al trabajador –cuando actúa como demandante como suceden en la mayoría de los casos- demostrar la prestación de servicios personales o relación de subordinación y el beneficiario de esos servicios, hechos que una vez demostrados activarán la presunción a que se refiere el artículo en cuestión, correspondiéndole igualmente la prueba del despido, no así sus causas y del salario que devengaba; en tanto que al patrono –por lo general demandado- corresponderá la carga de demostrar las causas del despido, el pago liberatorio de las obligaciones inherentes a la relación laboral, asumirá la carga de desvirtuar la presunción de relación laboral, produciendo en consecuencia la prueba de la inexistencia de la prestación de servicios, o que no es beneficiario de los mismos, que no existe relación laboral, la ausencia de subordinación, la gratuidad del servicio.

Esta regla de distribución de la carga de la prueba se queda en la teoría, pues conforme al artículo 72 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, la carga de la prueba será asumida por aquella parte que contradiga la pretensión del demandante invocando nuevos hechos, norma esta conectada con la contenida en el artículo 135 *ejusdem*, que obliga al demandado –por lo general patrono- al contestar, a

determinar cuales con los hechos que acepta como ciertos y cuales rechaza, teniendo en todo caso de haber rechazo de los hechos, que señalar los motivos del rechazo y que al invocar nuevos hechos contra las pretensiones del demandante, siempre asumirá la carga de la prueba. De esta manera al obligar al demandado a alegar hechos nuevos, siempre asumirá carga de la prueba y de no demostrarlos, quedarán como ciertos en forma tácita los hechos enunciados por el demandante como fundamento de su pretensión, por lo que y entendiendo que por lo general el demandado es el patrono, resulta prácticamente imposible para éste, salir ganancioso en esta clase de procesos cuando toda la carga de la prueba siempre pesará sobre él, especialmente cuando el demandante nunca asumirá carga probatoria, en virtud de la forma como debe hacerse la contestación en esta clase de procesos. De lo anterior se infiere:

a. En el proceso laboral salvo los casos de indemnizaciones por accidente del trabajo, al demandado siempre asume la carga de la prueba, pues al obligarlo la Ley a contestar en forma específica debiendo aportar el hecho exceptivo de descargo –pues no puede contestar genéricamente limitándose a negar y rechazar los hechos- siempre asumirá la carga de demostrar el hecho exceptivo por ser presupuesto de la norma que consagra la consecuencia jurídica constitutiva, extintiva, impeditiva o modificativa que le beneficia y que solicita.
b. La contestación de la demanda en forma genérica no es permitida en materia laboral, por lo que ante esta situación se presume que el hecho ha quedado tácitamente admitido, pudiéndose producir la prueba en contrario, por lo que realmente estamos frente a un indicio endoprocesal producto de la contestación errática de la parte –infitiatio-.
c. Solo en el caso que efectivamente el trabajador no tenga tal carácter, es que el demandado –patrono- podrá negar en forma pura y simple los hechos objeto de la pretensión del demandante, pero cuando éste a demostrado los hechos base del artículo 53 de la Ley Orgánica del Trabajo, referidos a la prestación de un servicio personal y de que es el demandado quien se beneficia del mismo, activándose la presunción de la existencia de una relación laboral, no pudiendo el demandado contestar en forma pura y simple al encontrarse frente a una presunción legal que debe atacar y desvirtuar, bien mediante la prueba en contrario o atacando la inexistencia de los hechos base de la norma, todo en función de la facilidad probatoria que tiene de hacer la prueba en contrario al hecho presumido.
d. Cuando el demandante –trabajador- no ha demostrado los hechos base del artículo 53 de la Ley Orgánica del Trabajo y el demandado niega los hechos en forma pura y simple –contestación pura y simple donde se desconoce la condición de trabajador, la relación de dependencia, y la condición de patrono- tratándose de un hecho negativo aducido por el demandado, es al

demandante –trabajador- sobre quien pesa la carga de demostrar el hecho positivo en contrario –que sí es trabajador- por serle mas fácil la aportación de la prueba.

e. La contestación de la demanda bien en forma pura y simple o en forma específica, ante la existencia de presunciones legales o de alegatos de hechos negativos, no produce la inversión de la carga de la prueba, concepto que como se ha visto es insostenible en esta época, salvo para el caso de vulneración por parte del juez de las reglas distributivas de la carga probatoria.

Sin perjuicio de lo dicho indicamos que tanto la doctrina como la jurisprudencia en materia laboral, han construido la denominada teoría o tesis de la "inversión de la carga de la prueba en materia laboral" como puede apreciarse por ejemplo de la sentencia dictada por la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia, donde destacamos la N° 35, de fecha 5 de febrero de 2002, con ponencia del para entonces magistrado Alfonso VALBUENA CORDERO, donde puede observarse que en virtud de la forma como se contesta la demanda, al obligarse al demandada a expresar hechos nuevos se produce una supuesta "inversión de la carga de la prueba" -ello no obstante a que la Sala no tiene muy claro las nociones de "inversión" y "distribución" que son tomados como sinónimos- inversión que según la decisión también se produce en los siguientes casos: 1) Cuando en la contestación a la demanda el demandado admita la prestación de un servicio personal aún cuando el demandado no la califique como relación laboral -presunción *iuris tantum*, establecida en el artículo 65 de la Ley Orgánica del Trabajo y hoy en el artículo 53-; y 2) Cuando el demandado no rechace la existencia de la relación laboral, caso en el cual –según la Sala- se invertirá la carga de la prueba en lo que se refiere a todos los restantes alegatos contenidos en el libelo que tengan conexión con la relación laboral, por lo tanto es el demandado quien deberá probar y es en definitiva quien tiene en su poder las pruebas idóneas sobre el salario que percibía el trabajador, el tiempo de servicios, si le fueron pagadas las vacaciones, utilidades.

La tesis expuesta por la Sala Social para hacer recaer la carga de la prueba sobre el patrono resulta totalmente errada, aún cuando sus resultados son correctos, pues en el primer caso si el demandado –patrono- reconoce o admite la prestación de servicios personales, aún cuando sea calificado como una relación no laboral, tácitamente reconoce que existe una labor desempeñada por el trabajador, que él es el beneficiario del servicios e incluso la existencia de una relación de subordinación o dependencia, circunstancia esta que activaría la presunción de relación laboral a que se refiere el artículo 65 de la Ley Orgánica del Trabajo –hoy artículo 53- pero no quedará reconocido el salario, los conceptos que lo componen, y el despido, por lo que no puede hablarse como tal de inversión de la carga de la prueba. En cuanto al segundo caso, la supuesta inversión de la carga de la prueba cuando el demandado no rechace la relación laboral, caso en el cual –según la Sala Social- corresponde al patrono demostrar los restantes alegatos contenidos en la demanda que tengan conexión con la relación laboral, observamos que resulta

absurdo el argumento sostenido por la Sala, pues la relación laboral indistintamente que sea rechazada o no por el demandado, goza de la presunción legal prevista en el artículo 65 de la Ley Orgánica del Trabajo –hoy artículo 53- y al demandado solo corresponde aportar la prueba que desvirtúe tal presunción, por lo que pareciere que este criterio de la Sala hace venir al demandado al proceso, totalmente confeso y sin esperanza de triunfo, mas aún, si la relación laboral goza de presunción legal y al demandado corresponde demostrar todos los demás hechos de la demanda que tengan conexión con la relación laboral, a éste –que por lo general es patrono- siempre corresponderá la carga de la prueba de todos los hechos controvertidos en el proceso, pues nos preguntamos ¿qué hechos no guardan conexión con la relación laboral en un proceso laboral.?

La tesis de la Sala aún cuando sus resultados son correctos, pues en materia laboral la carga de la prueba siempre la tendrá el demandado –por lo general patrono- es totalmente errada, al no estar en presencia de una inversión de la carga de la prueba, sino de distribución como consecuencia de los alegatos nuevos que aporta el demandado en la contestación de la demanda, que lo hace asumir todo el riesgo probatorio, no por inversión –como erráticamente lo señala la Sala- sino por distribución o atribución.

Analizando el segundo caso de la denominada por la Sala inversión de la carga de la prueba, esta se fundamenta en el hecho que es el demandado quien deberá probar, pues es él en definitiva quien tiene en su poder las pruebas idóneas –dice la Sala- sobre el salario que percibía el trabajador, el tiempo de servicios, si fueron pagadas la vacaciones, entre otras circunstancias, lo cual deja de manifiesto que la Sala siempre piensa en el patrono como demandado, quien es el verdadero débil jurídico en el proceso laboral, aún cuando no lo sea económicamente; el hecho cierto es que la Sala Social para argumentar la tesis de imponer al patrono la carga de la prueba, asume la postura de los criterios de corrección en materia de distribución o atribución de la carga de la prueba, la disponibilidad y la facilidad de la prueba –cargas dinámicas- pues precisamente es el patrono quien tiene mayor facilidad y posibilidad de aportar al proceso las fuentes y proponer los medios de prueba dada su posición en la relación sustancial o material.

15. LA CARGA DE LA PRUEBA EN EL SISTEMA DE PROCEDIMIENTO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO.

En este punto seguiremos los estudios del profesor José Gregorio SILVA BOCANEY,[590] contenido en su trabajo publicado bajo el título "Anotaciones Sobre Las Pruebas en el Proceso Administrativo" quien

[590] José Gregorio SILVA BOCANEY. Anotaciones Sobre Las Pruebas en el Proceso Administrativo. En El Contencioso Administrativo y los Procesos Constitucionales. pp. 385 y ss.

nos dice, que las especialidades que caracterizan al procedimiento contencioso administrativo puede resumirse en: a. Atenuación del principio dispositivo; b. Reglas determinadas en materia de carga probatoria; y c. Interdicción de utilización de determinados medios probatorios.

Nos interesa en este momento el segundo de los puntos señalados, que conforme a la especialidad de los procedimientos contencioso administrativos y concretamente en materia de nulidad contra actos administrativos, la regulación del tema de la carga probatoria y su distribución atienden a unas características especiales, lo que es consecuencia de la presunción de legalidad que sobre los mismos pesa y que no se pierde ante la impugnación en sede jurisdiccional, hasta tanto no se decrete su nulidad por decisión que indique lo contrario, de manera que el acto administrativo impugnado tiene aplicación y efectos inmediatos salvo que por vía cautelar se suspendan sus efectos hasta que se produzca la sentencia sobre el recurso. Esta presunción de legalidad que pesa sobre el acto administrativo, conduce a que por vía de consecuencia será al administrado, al particular interesado a quien corresponda la carga de la prueba de la existencia de los vicios de legalidad o constitucionalidad que puedan conducir a su nulidad, vale decir, que corre con la carga de aportar la prueba que desvirtúe el contenido de la presunción y que no es más que la prueba de la existencia de vicios que lo afectan en nulidad, lo que y como hemos explicado es consecuencia de un régimen de facilidad probatoria que es impuesto por el propio legislador y que nada aporta de nuevo al tema.

La especialidad en esta materia cuando por se trate del vicio de incompetencia del Órgano o Ente Administrativo que como indica el profesor ya citado, la competencia al devenir del propio ordenamiento jurídico no se trataría como tal de una prueba propiamente dicha sino de la revisión de normas de rango legal, de manera que estando en un punto de mero derecho –indicamos- que no se ubica en las excepciones donde el derecho debe probarse, al tratarse de un caso de estricta legalidad queda fuera del debate probatorio al no ser tema de la prueba. Pero cuando se trata de la incompentencia de la persona que dicta el acto, al atribuirse funciones que nos corresponda o usurpar la que corresponda a otro, al no estar en posesión del cargo o ser su nombramiento defectuoso o viciado, incluso la incompetencia subjetiva que pone en tela de juicio su imparcialidad, las regla distributiva de la carga de la prueba se ve afectada por criterios correctivos de facilidad o disponibilidad –cargas dinámicas- imponiéndole la carga a la Administración Pública o Ente Administrativo de la demostración de la competencia del funcionario o ausencia de los elementos que se ponen en tela de juicio respecto a la competencia, por ser la Administración Pública quien tiene en sus archivos la documentación referente al nombramiento del funcionario y lógicamente dado su acceso, estar en mejor posición de hacer la prueba de tal hecho. Esta situación que hace distribuir la carga de la prueba en cabeza de la Administración, es señalada por SILVA BOCANEY como una especialidad que hace "invertir la carga de la prueba", lo que si bien es cierto al

tratarse de tal especialidad genera una situación determinada en materia probatoria, no lo es por "inversión" ya que no hay una errada aplicación de la regla distributiva, sino una distribución con aplicación de criterios correctivos o cargas dinámicas, lo que nos hace separar del criterio expuesto por el citado profesor en cuanto a la figura jurídica que justicia la especialidad, no así respecto al resultado.

El otro supuesto que a criterio de SILVA BOCANEY hace "invertir la carga de la prueba" está referido al vicio denunciado que afecte al acto y lo vincule y ate al expediente administrativo, donde explica que si bien la Administración Pública tiene la carga de consignar el expediente administrativo y como condición de carga, su no cumplimiento puede acarrearle consecuencias gravosas dependiendo del tipo de vicio denunciado, de manera que el simple hecho de la falta consignación del precitado expediente no genera de manera automática el quiebre de la presunción de legalidad del acto administrativo ni la consecuencia declaratoria de nulidad del mismo. Expone como ejemplo de lo señalado la delación del vicio de inmotivación, motivación insuficiente o falso supuesto de derecho que afectara el acto administrativo, lo que pudiera desprenderse de la propia revisión del propio acto y que de haber motivación suficiente y debida por ejemplo, no haría decaer por la ausencia o falta de consignación del expediente administrativo; por el contrario si se trata de un vicio probatorio, como la falta de valoración de un medio probatorio por parte de la Administración Pública, incluso la incongruencia, al no constar el mismo en el propio acto, se haría necesario el expediente administrativo que de no ser presentado por la Administración, le acarrearía consecuencias desfavorables al tratarse de un hecho que el judicante no podría comprobar con la revisión del acto sino que tendría que acudir al expediente administrativo.

A este respecto nos alineamos con el criterio de SILVA BOCANEY, con el solo reparo que la consecuencia de la falta de consignación del expediente administrativo que como carga corresponde a la Administración Público, no lo sería por regla de inversión sino por distribución o atribución de carga probatoria corregido con criterios de disponibilidad o facilidad –cargas dinámicas- al estar la Administración en una mejor posición y facilidad en suministrar el precitado expediente que permita verificar los hechos o vicios delatados por el demandante que puedan conducir a la nulidad del acto administrativo, lo que si bien se trata de hechos que son presupuestos de las normas que consagran consecuencias jurídicas que benefician al administrado, al demandante, es la Administración Pública quien está en mejor posición probatoria al ser el instructor y estar en posesión del expediente.

CAPITULO IX

SISTEMA DE VALORACIÓN DE PRUEBAS

……………………………………………………………………………………………………

SUMARIO: *1. Asunción, interpretación, apreciación y valoración de la actividad probatoria. Definición y diferencias. 2. Principios que rigen la valoración de la actividad probatoria. 2.1. Principio de exhaustividad. 2.2. Principio de valoración integral. 2.3. Principio de imparcialidad judicial. 3. Sistemas de valoración de las pruebas judiciales. 3.1. Sistema de la tarifa legal, tarifado, tasado o de certeza objetiva. 3.1.1. Ventajas y desventajas del sistema de valoración tarifado. 3.2. Sistema de libre convicción. 3.3. El sistema de libre convicción razonada, apreciación razonada o sana crítica. 4. Valoración de la prueba judicial en los diferentes sistemas de procedimiento en Venezuela.*

1. ASUNCIÓN, INTERPRETACIÓN, APRECIACIÓN Y VALORACIÓN DE LA ACTIVIDAD PROBATORIA. Definición y diferencias.

La actividad probatoria que realizan las partes antes y durante el proceso, que va desde la búsqueda, averiguación o investigación de los hechos y las fuentes, su aseguramiento y/o preconstitución, incluso con su eventual anticipación de los medios, la proposición de medios probatorios para aportar las fuentes, admisión, ordenación y materialización o evacuación de los mismos, culmina con su asunción, interpretación, valoración y apreciación por parte del judicante, siendo ésta la última y fundamental finalidad de la prueba judicial, más aún, la que en su noción procesalística identifica y determina la definición de "prueba", como verificación o comprobación de los hechos institucionales enunciados, controvertidos y no eximidos de prueba, mediante su comparación con las fuentes aportadas por los medios, para crear la certeza o convicción judicial respecto a los hechos que son presupuesto de las normas contentivas de las consecuencias jurídicas que le benefician a las partes y que han solicitado en sus escrito de pretensión, acusación, excepción o defensa, según la tipología procedimental que se trate.

La prueba conduce a la "**convicción judicial**", que se obtiene cuando hay "**certeza**" respecto a los hechos debatidos en el proceso, entendido como tal –certeza- la ausencia de toda duda razonable, aunque no ausente de error, que dependiendo de su trascendencia o detemrinanca permitirá la demolición del acto sentencial vía recursos. Lo dicho nos permite distinguir que el fin de la prueba y de su valoración que como actividades contrarias se diferencian, en la primera lo que se logra es el convencimiento o "certeza" del juez sobre la existencia o inexistencia de los hechos debatidos y enunciados por las partes; en tanto que el fin de la valoración de la prueba judicial, es el precisar el grado de certeza o mérito que el medio probatorio produce en el ánimo del juez, en otros términos, el grado de convencimiento de la actividad probatoria que condujo la fuente al proceso.

En este sentido la actividad probatoria que conduce a la prueba judicial es vital en el proceso, pues la aplicación de los diversos medios al caso concreto llevan al ánimo del judicante el grado de convicción necesaria para que pueda declarar el derecho en el caso concreto, atendiéndose a lo alegado y probado en autos, de manera que la actividad probatoria es consecuencia directa y lógica del principio de aportación de parte, siendo las partes quienes traen ante el juez en la secuela del proceso todos los medios probatorios que consideren pertinentes para la demostración de los hechos controvertidos mediante la aportación de las fuentes que sirvan para compararlos y verificarlos, que en vista a su eventual cuestionamiento deben ser valorados debidamente por el juzgador, para de esta manera obtener de su resultado, la convicción suficiente para emitir la sentencia que refleje la voluntad de la ley en cada caso concreto de manera justa, razonable y racional.

De lo dicho y siguiendo al maestro uruguayo Eduardo J. COUTURE, el tema que abordaremos obedece e identifica con la interrogante ¿Cómo se valora la prueba? o bien ¿Qué eficacia tienen los medios probatorios traídos al proceso?[591]

Pero **¿qué es la valoración de la prueba? ¿Existen diferencias entre la asunción, interpretación, apreciación y valoración de la prueba?**

Para responder estas interrogantes comencemos diciendo que como hemos dejado asentado en otro momento, la asunción, interpretación o análisis, la apreciación y posterior valoración de las fuentes probatorias para formar la prueba en su noción procesal –prueba judicial- constituye uno de los elementos fundamentales ubicados en el derecho constitucional de acceso al sistema probatorio a que se refiere de manera directa en el artículo 49 constitucional e indirecta el artículo 26.

Las precitadas actividades son esencialmente procesales y de competencia exclusiva y excluyente del judicante, realizadas luego que las partes han desplegado toda su actividad probatoria, promoviendo los medios que sirvan para aportar las fuentes que a través de su comparación con los hechos enunciados, permitan crear certeza en el criterio del judicante al poder tener como establecidos, verificados o fijados los hechos del caso concreto, sin perjuicio de la actividad probatoria oficiosa donde se ordenen la materialización de determinados medios probatorios para el acreditamiento de los hehcos debatidos, todo lo que se realiza al momento del dictado de la sentencia correspondiente, oportunidad donde se analizará todo el caudal probatorio cursante en autos.

Es en éste momento donde le judicante debe asumir las fuentes probatorias aportadas por los medios, interpretarlas, apreciarlas y finalmente valorarlas, fijando los hechos concretos del caso que de manera inmediata le permitirá identificar la norma jurídica que se adapte al caso, interpretarla, aplicarla con la debida extracción de la consecuencia que se traduzca en el dispositivo del acto sentencial, actividad

[591] Eduardo J. COUTURE. Fundamentos de Derecho Procesal Civil. p. 216.

que debe estar dibujada y enmarcada en reglas de la lógica, de la experiencia, meiante la aplicación de criterios lógicos, racionales y razonables expresados en una debida motivación vertida en la sentencia. Esta actividad permitirá al juzgador determinar, en base a las diferentes pretensiones y excepciones, si los hechos aducidos y controvertidos, efectivamente son el presupuesto de la norma que consagra aquella consecuencia que han solicitado las partes y que le benefician, para así poder declarar la procedencia o no de alguna de las posturas procesales.

El análisis del material y de la actividad probatoria realiza en autos, permitirá al judicante –como hemos indicado- la "**fijación, establecimiento, constatación, comprobación o verificación de los hechos controvertidos"**, esto es, la estabilización de los enunciados fácticos que las partes han expresado en sus respectivos escrito como presupuestos de sus pretensiones o excepciones, al ser a su vez el presupuesto de esas normas que contienen las consecuencias jurídicas que piden y le benefician, aunque y como también hemos expresado, la fijación de los hechos no siempre es consecuencia de la actividad probatoria, pues ello puede derivar de la estricta legalidad por la confesión o reconocimiento de los hechos por las partes, por máximas de experiencia o sucedáneo de pruebas mediante la aplicación de la noción procesal como regla de juicio antela ausencia o insuficiencia de pruebas, que en el marco del proceso penal y como hemos dejado dicho, opera como regla para el judicante a través del derecho a la presunción de inocencia complementado con el principio *in dubio pro reo*.

Lo dicho nos permite afirmar que cuando atendemos al tema probatorio, los hechos institucionales enunciados por las partes como fundamentos de sus pretensiones o excepciones, cuando no están exentos de prueba y mantienen el carácter de controvertidos, son establecidos, fijados o verificados al ser comparados con las fuentes que se aporten con los medios propuestos en esa actividad probatoria que corresponda a cada una de las partes, lo que conducirá a tenerlos como ciertos y crear en la mente del judicante esa convicción o certeza judicial que despeje toda duda razonable sobre los mismos.

Dicho esto y para responder la primera de las interrogantes que nos hemos formulado, diremos que la "**valoración de las pruebas**" es realmente la "**valoración de las fuentes**" aportadas al proceso por los medios probatorios promovidos por las partes u ordenados de oficio por el judicante, consistente en la expresión del resultado de la actividad probatoria, la manifestación motivada de manera lógica, racional, razonable y congruente vertida en la sentencia, donde el juez señala el mérito de la precitada actividad, si los hechos debatidos en el proceso han quedado o no demostrados, si los hechos enunciados y comparados con las fuentes aportadas lo han convencido de sus existencia o no, creándole convicción judicial, esto es, certeza traducida en ausencia de duda no exenta de error. De manera resumida diremos que la valoración de la prueba –fuentes- es la expresión motivada –de manera lógica, racional y razonable- del mérito de la actividad probatoria, traducido en la certeza o no, convicción judicial o no respecto a los

hechos enunciados y debatidos, como consecuencia de la actividad probatoria; es la expresión vertida en la sentencia sobre el resultado probatorio, traducido en certeza o no sobre los hechos debatidos conforme al mérito que le correspondan.

Pero la valoración de la prueba se diferencia de la asunción, interpretación y apreciación, enunciado que nos coloca frente a la segunda de las interrogantes que nos hemos formulado y que para dar una respuesta al respecto, comencemos diciendo que como indica MONTERO AROCA,[592] sería CALAMANDREI quien por primera vez realiza la distinción entre la "**interpretación**" y la "**valoración**" de la prueba, oportunidad en la cual tomaría como ejemplo la prueba de testigos para la mejor comprensión de los institutos, expresando que cuando el testigo afirma ante el juez que presenció un hecho y lo explica con sus palabras, podría quedar éste en la duda de dos distintas maneras: a. Podría dudar sobre lo que el testigo quiso decir, lo que significaron las palabras pronunciadas en el acto testifical; y b. Podría dudar posteriormente sobre si lo dicho por el testigo se corresponde objetivamente con la realidad de los hechos tal y como efectivamente ocurrieron. En éstos casos ante las dudas presentadas el juez debe realizar dos operaciones a saber, la "interpretación" de los resultados de la prueba, atinente a establecer de modo cierto el significado de las palabras o expresiones del testigo; y la "valoración", la cual se dirigirá a determinar la credibilidad del dicho del testigo.

La "*asunción de la prueba*" que más bien es de la fuente aportada por el medio promovido o acordado de oficio, es una actividad del judicante al momento de la sentencia, consistente en la toma de conocimiento respecto al contenido de la actividad probatoria, estableciendo un vínculo directo con ella, mediante la percepción sensorial y la aprehensión mental de la misma, como dice DEVIS ECHANDÍA […] *comunicación subjetiva del juez con ese medio u operaciones sensoriales y sicológicas de éste necesarias para conocerlo y entenderlo, es decir, para saber en qué consiste y cual es su contenido (sin que esta fase procesa todavía a valorar su mérito o fuerza de convicción*."[593] De lo dicho y llevándolo al campo práctico tenemos que una vez que las partes han realizado su actividad probatoria, incluso de haber sido acorada oficiosamente en los casos permitidos, llegado el momento de la sentencia el judicante para poder dar valor a las fuentes probatorias aportadas por los medios promovidos, debe realizar un conjunto de actividades previas que comienzan con la precitada asunción de las fuentes probatorias.

Luego que el judicante asume la fuentes probatorias, debe "**interpretar**" las mismas, consistente esta actividad en determinar el resultado que se desprende de los medios probatorios evacuados, develando su contenido y analizándolo de manera individual, medio a medio, fuente a fuente, para luego hacer una interpretación integral de todos los medios y fuentes aportadas al proceso, estableciendo sus

---

[592] Juan MONTERO AROCA. La Prueba en el Proceso Civil. pp. 308 y ss.
[593] Hernando DEVIS ECHANDÍA. Ob. cot. T. I. p. 285.

similitudes, contradicciones, concurrencias, convergencias, entre otros aspectos. La "interpretación de las fuentes y medios probatorios" es una actividad posterior a la "asunción", anterior y necesaria a la valoración, cuyo fin es conocer, analizar y develar el contenido de cada medio y fuente probatoria.

Una vez que el judicante ha interpretado la prueba –fuentes y medios- antes de la "**valoración**" debe realizar una actividad de "**apreciación de fuentes y medios**", consistente en una operación mental que hace de los mismos para preguntarse si está o no convencido de los hechos debatidos o controvertidos, de los hechos enunciados por las partes como presupuesto de la norma que consagra la consecuencia jurídica que le beneficia, análisis que deberá hacer aplicando reglas lógicas y de la experiencia, con criterios razonables y racionales, más aún críticos, tomando en consideración en general todo el acervo probatorio cursante en autos. La "apreciación de la prueba" no es más que una valoración mental para responderse a la pregunta de si los hechos enunciados y debatidos han quedado o no demostrados, si se ha convencido con las fuentes aportadas por los medios de los enunciados debatidos.

Concluyendo la actividad compleja de "**valoración de las fuentes**" se presenta como un acto final, que será el resultado y consecuencia de la asunción, interpretación y apreciación señalada, donde se verterá en la sentencia de manera motivada, atendiendo a criterios lógicos, de la experiencia, conocimientos científicos, razonabilidad y racionalidad, la expresión del grado de certeza o convicción judicial que se ha establecido respecto a las fuentes probatorias que permiten corroborar los enunciados fácticos debatidos y tenerlos como ciertos más allá de toda duda razonable no exenta de error. La "valoración" es la determinación del grado de convicción o certeza que arroja la actividad probatoria, que permite tener como cierto o no un hecho debatido que sea el presupuesto de la norma aplicable al caso concreto, lo que en definitiva permitirá conocer cual de las versiones procesales debe ser declarada en la sentencia.

Importa destacar en este momento que de las cuatro actividades señaladas, sólo la última –valoración de fuentes probatorias- es la que quedará plasmada en la sentencia, que con la debida motivación permitirá a las partes conocer el criterio judicial, evitando cualquier rastro de arbitrariedad y permitiendo a su vez, el control de la cuestión fáctica a través de la actividad recursiva, pues recordemos que la certeza judicial como resultado de la convicción no está eximida de error o falencia.

La diferenciación a la que hemos hecho referencia es importante, especialmente cuando se trata del conocimiento del error probatorio del judicante, pues por ejemplo cuando estamos en presencia de la suposición probatoria o falso supuesto por mención inexistente, prueba inexistente o inexacta, estamos ante una falencia en la "interpretación" de la fuente y del medio, no así respecto al tema de la "apreciación" y "valoración"; pero cuando el judicante le otorga un valor probatorio diferente al que tiene la fuente o el medio, aplica un sistema tarifado cuando debe regirse por sana crítica o viceversa,

incluso, cuando ante la libre convicción razonada –sana crítica- lesiona las reglas de la lógica, la experiencia o los conocimientos científicos, se estará en un error o falencia en la valoración y no en la "interpretación".

Otro aspecto de suma importancia en la diferenciación de estas actividades, es precisamente su regulación legal, pues mientras la "valoración" puede ser fijada por el legislador a través del conocido sistema de la tarifa legal, incluso puede quedar al criterio del judicante pero sujeto a reglas de la lógica, experiencia y conocimientos científicos, como ocurre con la sana crítica, la asunción, interpretación y apreciación de las fuentes y medios es una situación subjetiva e interna del judicante que no puede ser reglada por el legislador.

Sin perjuicio de lo dicho el maestro MONTERO AROCA nos dice que al conjunto de interpretaciones y valoraciones que realice el juez puede denominársele "**apreciación de la prueba**", consistente en operaciones mentales que ha de realizar el juzgador, para y partiendo de los medios probatorios aportados en el proceso, llegar a establecer la certeza respecto de las afirmaciones de hechos de las partes, afirmaciones que se refieren al supuesto fáctico de la norma contentiva de la consecuencia jurídica solicitada. Por su parte Lluís MUÑOZ SABATÉ, señala que el acercamiento operativo al tema de la apreciación de la prueba por el juez, como ha denominado a la apreciación de la prueba judicial, consiste en el proceso mental externizable –motivación- dirigido a obtener la evidencia sobre determinados hechos operativos –pertinencia- partiendo de otros hechos percibidos críticamente, valiéndose de conocimientos ya aprendidos –máximas de experiencia- y estableciendo juicios sobre sus relaciones –infirencias-.[594]

Insistiendo que la "valoración" de las fuentes probatorias en definitiva es el resultado de la actividad probatoria, donde se determinará el grado de convicción judicial respecto a las fuentes que permiten verificar los hechos enunciados y crear convicción judicial traducida en certeza no exenta de falencia, sin perjuicio del sistema de valoración que se adopte y que analizaremos más adelante, ese grado de convicción, eficacia o fuerza probatoria de las fuentes y los medios que influyen en el ánimo del judicante, siguiendo a FRAMARINO DE MALATESTA en su ilustre obra titulada "Lógica de las Pruebas en Materia Criminal", pudiera encontrarse en varios estados: a. *Ignorancia* de los hechos, cuando exista ausencia de todo conocimiento; b. *Duda* de los hechos, donde pudieran no existir pruebas de ellos o ser insuficientes; c. *Probabilidad* sobre los hechos, donde predomine el conocimiento afirmativo; 4. *Certeza* de los hechos, en el cual denomina "conocimiento afirmativo triunfante".[595] En los términos

[594] Lluís MUÑOZ SABATÉ. Fundamentos de la Prueba Judicial Civil L.E.C. 1/2000. p. 425.
[595] Nicolás FRAMARINO DE MALATESTA. Lógica de las Pruebas en Materia Criminal. Editorial Librería General Lavalle. Buenos Aires 1945. pp. 17 y ss.

enunciados por el maestro italiano diremos que al final de la actividad valorativa del judicante, este podrá considerar la existencia de certeza sobre los hechos debatidos, la cual puede ser afirmativa o negativa respecto a los enunciados de hecho que son presupuesto de la norma jurídica aplicable al caso, declarando la ocurrencia, existencia o no de los mismos y que como presupuesto en cuestión, conducirá a una consecuencia jurídica determinada que declarará en la sentencia; pero puede que ante el análisis de la actividad probatoria la valoración conduzca a la "duda", entendida como ausencia de certeza, bien como consecuencia de la ausencia o insuficiencia de la actividad probatoria, que lo obligará a la aplicación del sucedáneo de prueba en su noción objetivao cláusula de cierre, lo que en el campo penal se sustituye por el derecho al estado de inocencia y el principio *in dubio pro reo* ya estudiado en otro momento.

Lo dicho en definitiva nos permite afirmar que el juez al final de la actividad valorativa de las fuentes probatorias, podrá convencerse o no de la existencia de los hechos controvertidos, y ante la existencia de duda necesariamente debe acudir a otras reglas sucedáneas en los términos expresados; esto nos permite afirmar que no hay medias tintas en materia de valoración de prueba, pues cuando existe duda ante la falta o insuficiencia de la actividad probatoria, la traducción final es la no prueba de los enunciados fácticos debatidos y no exentos de prueba que producen consecuencias determinadas en aplicación de las reglas de la carga probatoria o de la presunción de inocencia, dependiendo de la tipología de procedimiento que se trate: civil o penal.

COUTURE al referirse al punto en estudio nos dice, que la valoración de la prueba no es otra cosa que la eficacia de la prueba, cuyos límites objetivos vienen determinados por sus diversos grados a saber: a. *Plena prueba*, entendida como la medida de la eficacia de aquella prueba que por sí basta para decidir, puesto que contiene la demostración del hecho controvertido en el proceso; b. *Semi-plena prueba*, consistente en la medida de la eficacia de aquella prueba que por sí sola no llega a demostrar el hecho controvertido en el proceso, que no instruye bastante para decidir, pues constituye una prueba incompleta e insuficiente capaz de persuadir la verdad o fundar un juicio, pero que no obstante a que por sí solos no pueden lograr demostrar el hecho discutido, varias semi-plena pruebas pueden en suma complementándose y reforzándose entre sí, llegar a producir certeza de los hechos; c. *Principio de prueba*, entendido como la medida de convicción de aquellos medios de prueba que nunca pueden por sí solos llegar a demostrar un hecho controvertido, ni siquiera cuando existan varios de ésta especie que puedan complementarse y reforzarse recíprocamente, pues solo sirven de punto de apoyo de otras pruebas que como tales no sean otros principios de prueba.[596]

Lo expresado por el maestro uruguayo es el resabio del sistema tasado de la prueba, que permite establecer un grado de la misma, pero que no resulta sostenible en estos tiempos, pues y como hemos

---

[596] Eduardo J. COUTURE. Estudios de Derecho Procesal Civil. Tomo II. Pruebas en Materia Civil.

dicho, el resultado de la actividad probatoria producirá estados de ánimo en la mente del juzgador que van desde el convencimiento sobre la existencia o no de los hechos debatidos, sea que éste acreditado su ocurrencia o no, hasta la duda que conduce a la aplicación de sucedáneos de prueba o de la presunción de inocencia, pero de ahí a sostener que existen grados o escala de prueba –más que del convencimiento-es algo muy diferente. A lo dicho agreguemos que en el estado actual, constitucional y garantista que rige en la materia probatoria, ante el derecho positivado de acceso al sistema probatorio, resulta insostenible gradar las fuentes y los medios probatorios, que y como indicamos obedece a un criterio de tarifa legal que hoy se presenta como inconstitucional que como estorbo debe removerse para permitir la convicción judicial libre de toda tarifa establecida por el legislador, a través de una motivación lógica, racional, razonable basado en criterios científicos y máximas de experiencia, como lo es la sana crítica o libre convicción razonada.

Afirmamos que la constitucionalización del derecho de acceso al sistema probatorio y teniendo en consideración que la actividad probatoria va dirigida al judicante, quien es la persona que deberá convencerse sobre los hechos enunciados y debatidos en un proceso judicial, para crear convicción traducido en certeza no exento de error o falencia, los sistemas de procedimiento que todavía mantienen la tarifa legal como sistema de valoración probatoria, como sucede en el caso civil, se encuentran al margen de la ley constitucional y del garantismo, lo que conduce a la reinterpretación de las normas para aplicar el sistema de sana crítica o a la desaplicación de la regla tasada vía control difuso por colidir con el contenido constitucional de los artículos 26 y 49.

Dicho esto y antes de pasar al análisis de los sistema de valoración probatoria, en el punto que sigue trataremos brevemente el contenido de los principios generales que rigen la actividad valorativa.

2. PRINCIPIOS QUE RIGEN LA VALORACIÓN DE LA ACTIVIDAD PROBATORIA.

2.1. Principio de exhaustividad.

Se encuentra regulado en nuestro sistema de procedimiento en el artículo 509 del Código de Procedimiento Civil, conforme al cual […] *Los Jueces deben analizar y juzgar todas cuantas pruebas se hayan producido, aun aquellas que a su juicio no fueren idóneas para ofrecer algún elemento de convicción, expresándose siempre cuál sea el criterio del Juez respecto de ellas*." El judicante al momento de dictar la sentencia, debe analizar y expresar la debida motivación respecto tanto al tema de hecho como de derecho que compone al acto sentencial, lo primero conformado por el establecimiento o fijación de los hechos enunciados en los escritos de demanda, acusación, contestación o defensa, que son el presupuesto de las normas que consagran las consecuencias jurídicas que benefician a las partes y que mantienen el carácter de

controvertido, a través de la comparación que se haga con las fuentes que se produzcan con la promoción y evacuación de los medios probatorios aportados por las partes o acordados oficiosamente por el tribunal, sin perjuicio que los hechos puedan quedar fijados por estricta legalidad, por máximas de experiencia o por sucedáneo de pruebas, luego de lo cual pasará a la construcción de la cuestión jurídica con la búsqueda, interpretación y aplicación de la norma jurídica para extraer la consecuencia que corresponda.

De lo dicho nos interesa la cuestión fáctica donde se establecen o verifican los hechos, que cuando lo es por actividad probatoria el judicante debe analizar cada uno de los medios de prueba –fuentes- aportados por las partes conforme a los medios promovidos u ordenados de oficio, asumiéndolos, interpretándolos, apreciándolos y finalmente valorándolos, que comenzando de una manera individual con cada medio y fuente, deberá confrontarlo para así realizar una valoración integral determinando su concordancia, concurrencia, convergencia, divergencia que en definitiva lo llevará a la conclusión de si los hechos debatidos y no eximidos de prueba enunciados en los escritos alegatorios y defensorios, ocurrieron o no en la forma expresada por las partes y de los cuales puede extraerse la consecuencia jurídica que han pedido al ser presupuesto de una norma jurídica, en otras palabras, se determinará el grado de convicción o certeza sobre el tema debatido para en definitiva dar por fijados, establecidos, corroborados o comprobados los hechos del caso, que ante la duda deberá acudir al sucedáneo de pruebas o a la presunción de inocencia en los términos que hemos estudiado.

La exhaustividad en materia de la sentencia y especialmente en materia probatoria se traduce, en el deber del judicante de analizar todo el material probatorio que curse en autos para el establecimiento de la convicción judicial que conducirá a la certeza sobre los hechos debatidos, no exento de error, de manera que cuando el judicante silencia una prueba –medio o fuente- materializado en el proceso, que es determinante o trascedente, legal, lícito, relvante, pertinente, idóneo, tempestivo y que siguió la regularidad del procedimiento probatorio, especialmente el cumplimiento de los derechos que rigen la materia, se estará infringiendo el precitado artículo 509 y precisamente, se lesionará el principio de exhaustividad de la sentencia; pero indiquemos inmediatamente que si bien el judicante debe pronunciarse de todo el material probatorio aportado en autos, incluso aquellos que no sean idóneos para la formación de la convicción, si bien se ha lesionado el principio es estudio, la demolición de la sentencia no se producirá al no tratarse de un medio y una fuente determinante o trascedente que sea capaz de modificar las resultadas del contenido de la sentencia, elemento este fundamental que en materia de recursos es el motivo que genera la demolición de la sentencia, pues aún existiendo el germen de la nulidad si el vicio no es determinante, no habrá demolición.

2.2. Principio de valoración integral.

Como hemos venido indicando y como consecuencia de la exhaustividad que como principio vincula al judicante, al tener el deber de analizar todo el caudal probatorio que curse en autos, la actividad valorativa que comienza con la asunción de la prueba, pasando por la interpretación, apreciación y concluyendo con la valoración, lo será de cada medio probatorio y de cada una de las fuentes que éstos aporten, primeramente de manera individual para que el judicante pueda hacerse un criterio respecto al medio probatorio concreto y luego, de manera completa o integral respecto a todos los medios y fuentes probatorias analizadas, para que así pueda llegar a esa convicción judicial mediante la certeza sobre los hechos enunciados y debatidos.

La valoración integral de los medios de prueba se ubica como un derecho constitucional que en el sistema garantista encuentra regulación en los artículos 26 y 49 consttucional, como parte del derecho de acceso al sistema probatorio, lo que permitirá primeramente al judicante vincular los medios y fuentes probatorias, determinar mediante un sistema de comparación sus contradicciones, concurrencias y convergencias para poder crearse la convicción respecto a cada uno de los hechos debatidos y que son presupuesto de las normas jurídicas del caso concreto; pero esta actividad también permite a las partes conocer el criterio general e integral del judicante respecto a la valoración "integral" de la actividad probatoria, eliminado cualquier rastro de arbitrariedad y dando la posibilidad de su control por vía recursiva.

DEVIS ECHANDÍA al tratar el tema bajo la denominación de "apreciación integral de conjunto" nos dice que para una correcta apreciación no basta tener en cuenta cada medio aisladamente, ni siquiera darle el sentido y alcance que realmente le corresponda, porque la prueba es el resultado de los múltiples elementos probatorios reunidos en el proceso –masa de pruebas- de manera que resulta indispensable analizar las varias pruebas referente a cada hecho y luego estudiar globalmente los diversos hechos, el tejido probatorio que surge de la investigación agrupando las que resulten favorables a una hipótesis y las que por el contrario la desfavorezcan, para luego analizarlas comparativamente, pesando su valor intrínseco y si es tarifada, su valor formal, para que la conclusión sea una verdadera síntesis de la totalidad de los medios probatorios y de los hechos que en ellos se contienen.[597]

El problema de la valoración integral de la prueba precisamente se presenta cuando estamos en presencia de sistemas de procedimiento que regulan un sistema mixto de valoración probatoria, como por ejemplo ocurre en nuestro proceso civil donde existen medios probatorios como los instrumentos públicos -negociales- y privados, la confesión y el juramento decisorio que están regidos por una tarifa

[597] Hernando DEVIS ECHANDÍA. Ob. cit. T. I. p. 306.

legal, en tanto que los demás medios probatorios son valorados mediante una sana crítica, todo en los términos del artículo 507 del Código de Procedimiento Civil que indica […] *A menos que exista una regla legal expresa para valorar el mérito de la prueba, el Juez deberá apreciarla según las reglas de la sana crítica.*" De esta manera hay que preguntarse **¿ante la existencia de medios probatorios valorados tarifadamente que se contradicen con medios probatorios valorados por sana crítica, debe prevalecer el primero o el segundo?** Insluco **¿ante dos medios probatorios que tiene un mismo sistema de valoración, cual será la regla a seguir para determinar cuál debe prevalecer?**

La interrogante que nos formulamos precisamente descansa primeramente en el hecho de saber si la tarifa legal se impone sobre la sana crítica o viceversa; además el problema también se plantea en conocer si ante dos medios probatorios con igual grado de convicción, son capaces de anularse mutuamente.

MONTERO AROCA al tratar el tema de la valoración integral de la prueba nos dice que […] *La apreciación conjunta es inadmisible cuando la contradicción se produce entre medios de prueba que se aprecien por los dos sistemas, pues entonces lo que podría hacerse es desconocer las reglas legales, las cuales deben prevalecer sobre la prueba de libre apreciación. Si el resultado de una prueba legal quedara involucrado en una apreciación conjunta con pruebas libres, podría significar simplemente desconocer la prueba legal. Esto es justamente lo que viene haciéndose en la práctica por los tribunales. La apreciación conjunta se utiliza tanto para desconocer el valor de las pruebas legales, como para motivar fácticamente las sentencias.*"[598]

Entre nosotros este problema se plantea nuestro apreciado amigo y profesor Gabriel Alfredo CABRERA IBARRA quien nos dice citando a Jorge W. PEYRAN, quién a su vez sigue a SENTIS MELENDO y MORELLO, que en la apreciación conjunta o global de la prueba, también conocida como totalidad hermeneútica probatoria, el material probatorio ha de ser apreciado en su conjunto mediante la concordia o discordancia que ofrezcan los diversos elementos de convicción arrimados a los autos, única manera de crear la certeza moral necesaria para dictar el pronunciamiento judicial definitivo; que muchas veces esa certeza moral no se obtiene con una evaluación aislada de dichos elementos, o sea, tomados uno por uno, sino aprehendidos en su unidad, por lo que en presencia de las diversas interpretaciones que suscita un hecho susceptible de ellas, siempre parece más razonable inclinarse por aceptar la que resulte concordante con la que otros elementos de juicio, si existieren, autoricen a admitir como verdadero, y ello por más que concurriera en el caso un medio probatorio con gran valor de convicción.

Nos dice el precitado profesor de la Universidad Santa María que […] *Sin embargo en la práctica puede ocurrir que dos pruebas que deben ser valoradas en una misma forma según el sistema de la tarifa legal sean*

---

[598] Juan MONTERO AROCA. Derecho Jurisdiccional II. p. 277.

contradictorias, como podría suceder con el caso de un instrumento público y el de una confesión. Ambos hacen plena prueba (artículos 1359, 1360 y 1401 del Código Civil), pero lo que se confiesa puede ser opuesto a lo que consta en el documento. En estos casos, y frente al silencio del legislador venezolano, lo lógico parece ser que el Juez, al no haber una norma específica que resuelva este tipo de contradicciones aplique el artículo 507 del Código de Procedimiento Civil y utilice su sana crítica para otorgarle mayor valor a una prueba sobre otra o no otorgarle valor a ninguna de las pruebas contradictorias o darle solamente valor parcial. Esta solución resulta convincente frente al problema de tener que elegir entre dos valoraciones tarifadas que en la práctica pueden contradecirse. En estos casos la tarifa legal debería perder su valor en relación con la sana crítica. En materia penal, al menos en Venezuela, este problema no debería presentarse por cuanto allí no hay tarifa legal para la valoración de la prueba sino que se aplica siempre la sana crítica de acuerdo con lo establecido por el artículo 22 del Código Orgánico Procesal Penal."

Sin perjuicio de lo indicado por MONTERO AROCA y por CABRERA IBARRA, para responder las interrogantes que nos hemos planteado comenzaremos reiterando que en un Estado constitucional y garantista, donde el tema del derecho de acceso al sistema probatorio ha sido positivado en la Constitución, no hay cabida para el sistema tarifado de valoración prueba, especialmente cuanto éste es contrario al sistema de procedimiento oral al que nos ha empujado el artículo 257 constitucional, de manera que ante la regulación de valoración tarifada mediante una reinterpretación constitucional y garantista o mediante la desaplicación por control difuso por contrariar el contenido de los artículos 26 y 49 constitucionales, debe procederse a la valoración mediante la libre convicción razonada de todo el material probatorio cursante en el proceso. Pero sin perjuicio de lo dicho, manteniendo el sistema tarifado y de sana crítica en un mismo proceso, no creemos que la valoración y primacía de la prueba valorable por sana crítica sea inferior a la tarifa legal, incluso, que esto conduzca al desconocimiento de las reglas legales como lo indica MONTERO AROCA, pues simplemente se trata de dos reglas de valoración diferentes donde no existe en la ley una regla que haga primar la tarifa legal sobre la sana crítica, por lo que ante la contradicción consideramos aplicable el criterio del profesor CABRERA IBARRA de solucionar la disyuntiva mediante la aplicación de la sana crítica, tal como lo expone el mismo pero al tratar la contradicción entre pruebas valorables tarifadamente.

Establecido lo anterior diremos que pueden presentar dos propuestas: la primera y que no vemos con buenos ojos, que consiste en anular el contenido de las pruebas en contradicción, bien sean valorables tarifadamente o mediante la sana crítica, de manera que ante la ausencia de otras pruebas que permitan el establecimiento de los hechos por comparación con sus fuentes y llegar a la convicción judicial, necesariamente el judicante deberá acudir al sucedáneo de pruebas de la carga probatoria o si se trata de un procedimiento penal, aplicar la presunción de inocencia; la segunda que consistirá en aplicar las reglas de la sana crítica, la lógica, experiencia y los conocimientos científicos para vincular y valorar los medios

y las fuentes probatorias contradictorias, sean que su sistema de valoración sea tasado o por sana crítica, lo que en definitiva se identifica en cierto modo con el criterio del profesor CABRERA IBARRA.

2.3. Principio de imparcialidad judicial.

Por último uno de los principios fundamentales en materia de valoración de la prueba, lo que no es ajeno a todo el procedimiento probatorio y judicial en general, es la imparcialidad del judicante al momento, no solo de asumir, interpretar, apreciar y valorar la prueba, sino también cuando la recibe, la admite o niega, la ordena y evacua, pues se trata de un derecho constitucional y humano recogido en el artículo 49 constitucional y aplicado al tema probatorio.

Importa destacar en este punto que en la valoración de la prueba es cuando el judicante manifiesta su criterio subjetivo y legal respecto a la actividad probatoria, cuyo momento se ubica en la sentencia de fondo o interlocutoria según se trate, lo que nos permite afirmar que existe una interdicción al mismo de valorar el contenido de la actividad al momento de la providenciación y evacuación de la prueba, lo que no se manifiesta –e insistimos- cuando se emite un pronunciamiento sobre la legalidad, relevancia, pertinencia, idoneidad o conducencia, licitud, tempestividad y regularidad del medio probatorio promovido a los fines de su admisión o no, elementos todos éstos que se refiere a la admisibilidad y no a la procedencia y valoración de la prueba, que es precisamente la frontera que no puede traspasar el juez sino hasta el momento del dictado de la sentencia. Y esto lo decimos porque en la práctica hay mucha ignorancia sobre el tema y no es poco frecuente que los jueces se reserven para la sentencia de fondo el análisis de los precitados elementos, con el argumento de la imparcialidad y de la interdicción de emitir opinión respecto a la "valoración" de la prueba.

Dicho esto y sin perjuicio del criterio garantista que hemos expresado respecto a la inconstitucionalidad de la tarifa legal, analicemos los diferentes sistemas de valoración de pruebas.

3. SISTEMAS DE VALORACIÓN DE LAS PRUEBAS JUDICIALES.

La doctrina en general ha establecido tres distintos sistemas de valoración de las pruebas judiciales, que han sido acogidos por las diferentes legislaciones, tales como son: a. El sistema de la tarifa legal; b. El sistema de libre convicción; c. El sistema de libre convicción razonada o sana crítica.

Los dos primeros sistemas de valoración de pruebas han sido acogidos por diferentes legislaciones, aunque existe un tercer sistema de valoración de origen ibérico como lo es el sistema de libre convicción razonada o sana crítica, el cual ha sido calificado por algunos como un sistema mixto

entre el tarifado y el de libre convicción, en tanto que otros lo han considerado como el mismo sistema de tarifa legal pero atenuado,[599] que mayormente conocido como sana crítica ha tenido buena receptividad en algunas legislaciones entre las cuales se haya el sistema procesal venezolano. La radical diferencia entre los sistema de valoración tarifado y libre se fundamenta, en que en el primero es el legislador quien le indica al judicante cómo debe valorar la prueba, qué grado de convicción o eficacia debe imprimírsele a la misma; en tanto que en el sistema libre el judicnate es libre de valorar el medio probatorio e imprimirle el grado de convicción o eficacia que considere pertinente o como expresa PARRA QUIJANO, si el juez puede y debe libremente valorar la prueba, estamos frente al sistema de libre apreciación o libre convicción; pero si el legislador determina cómo ha de valorarse la prueba estamos frente al sistema de tarifa legal. [600]

Dicho esto pasemos al análisis de cada uno de estos sistemas de valoración de pruebas.

3.1. Sistema de la tarifa legal, tarifado, tasado o de certeza objetiva.

Este sistema de valoración de pruebas descansa en la desconfianza que tiene el legislador en los jueces, pues no les permite apreciar libremente la prueba e imprimirle el grado de convicción o eficacia que consideren pertinentes, por el contrario esa valoración grado de convicción o eficacia, viene dado por la ley, al estar previamente señalado por el operador legislativo, traduciéndose en que realmente quien valora la prueba, quien le imprime el grado de certeza, convicción o eficacia es el legislador y no el juez, limitándose la capacidad y libertad apreciativa y valorativa de las pruebas por parte del juez.

En la tarifa legal la valoración de la prueba no depende del criterio del operador de justicia, pues sus posibilidades de auto-determinación se hayan restringidas por previsiones legales señaladas por el operador legislativo, donde ya el grado de eficacia o convicción de todos y cada uno de los medios probatorios han sido regulados por la Ley, debiendo aplicarse rigurosamente con independencia del criterio personal del magistrado judicial, de manera que a través de la regulación de la eficacia o valoración de las pruebas, el legislador busca el aseguramiento de la exacta realización de los efectos jurídicos contenidos en la norma y que se produzcan al quedar establecidos en el proceso los hechos. n este sistema de la tarifa legal o tarifado la premisa mayor -máximas de experiencias- vienen dadas por el operador legislativo, quien ordena al judicante que proceda a aplicar la máxima al caso concreto, lo que en definitiva permite afirmar que las reglas legales de valoración de los medios de prueba, no son otra cosa que máximas de experiencia que el legislador objetiviza, sin dejar al juez la posibilidad de determinar la

[599] Hernando DEVIS ECHANDÍA. Ob. cit. T. I. pp. 308 y ss.
[600] Jairo PARRA QUIJANO. Ob. cit. p. 229.

máxima de experiencia que ha de aplicarse al caso concreto. Bajo éste esquema lógico el establecimiento por el legislador de las reglas de valoración no es sino un método de conseguir la certeza, que es en lo que resuelve toda actuación probatoria.

En la valoración de la prueba entran fundamentalmente en juego las circunstancias preponderantes de la lógica, lo cual ha conducido a darle a la valoración de las pruebas el carácter de silogismo en la actividad intelectual y razonada que la acompaña, cuya premisa mayor en los sistemas donde se establecen tarifas legales o valor tasado, esta regulado apriorísticamente por la norma jurídica, por lo que indique el operador legislativo, por las máximas de experiencias del legislador que han sido previstas o consagradas en las normas jurídicas y que le indica al juez cómo debe apreciar y valorar la prueba.

Las máximas de experiencia o también denominadas reglas de vida o conocimientos emíricos, son juicios fundados en la observación de lo que realmente ocurre y que puede ser generalmente conocido y formulado por cualquier persona de nivel medio, en un determinado círculo social, que no requiere de enunciación; definiciones o juicios hipotéticos de contenido general, desligadas de los hechos concretos que se juzgan en el proceso, procedentes de la experiencia, pero independientes de los casos particulares de cuya observancia se han deducido y que, por encima de esos casos, pretenden tener validez para otros nuevos. Son reglas de la vida y de la cultura general formados por las inducción, mediante la observación de casos de la práctica y de las reglas especiales de la técnica en las artes, en las ciencias y en la vida social, en el comercio y en la industria, que implícitamente sin relación directa con el caso concreto debatido se aplican siempre en el proceso como premisas de los hechos litigiosos.

Psicológicamente considerada, las máximas de experiencias no son más que una evocación espontánea o provocada de conocimientos anteriores, que se produce en el proceso del pensamiento como nutrientes de consecutivas inferencias lógicas; directivas aceptadas de acuerdo con el paradigma de las ciencias naturales o de acuerdo con un sentido común o experiencia, que en el sistema de valoración de pruebas tasado, también conocido como de "certeza objetiva", la premisa mayor de su silogismo, estará conformado por las máximas de experiencias del legislador plasmada apriorísticamente en la norma jurídica, lo cual impide al juzgador aplicar su propia regla de experiencia.

Éste sistema de la tarifa legal o certeza objetiva, tuvo sus antecedentes en los sistemas de pruebas *ordálicas* y *apriorísticos*, el primero donde las reglas legales de valoración de las pruebas se encontraban en las creencias de la intervención divina en los actos humanos, por ello se conocían como los juicios de Dios donde el juez se limitaba a constatar, dando la razón a la parte a la que el mismo Dios se la había dado. Por su parte el sistema de valoración *apriorístico*, se caracterizó por establecer toda una serie de reglas sobre el valor probatorio de los medios probatorios, tasándose de ésta manera el resultado del

proceso según las pruebas practicadas, circunstancias éstas que atendieron a la política que respondía al intento de limitar las facultades del operador de justicia, basado en el aforismo Romano *"quod non estin actis non est in mudo",* conforme al cual lo que no está en las actas no está en el mundo, vale decir, que los hechos no afirmados y/o no probados por las partes en el proceso, se tienen como inexisten en el mundo jurídico y consecuencialmente no pueden tenerse presente por el judicante. El principio histórico respondió al deseo de preservar el sistema escriturado y en la actualidad sirve para acentuar el principio dispositivo, poniendo de ésta manera límites a la libertad de convencimiento judicial y con concurriendo con el principio *"etsi est in actis no est in mente*", que significa que lo que no existe en los autos tampoco existe en la mente del juez.

Las reglas legales o sistema de certeza objetiva que al principio limitaron los poderes del juez, pudieron brindar a los administrados una garantía judicial frente al operador de justicia, pero como se viene señalando, su origen real se fundamenta en la desconfianza del titular del Poder frente a sus propios jueces, a quienes no se les dejaba en libertad para establecer los hechos que debían considerarse probados.

En el estado actual de las cosas, especialmente con el empuje al sistema de procedimiento oral –como lo hemos dejado expresado- y teniendo en consideración el destinatario de la actividad probatoria, el sujeto que debe formarse la convicción judicial mediante una certeza que se presenta como ausencia de toda duda razonable no ausente de error respecto a los hechos debatidos en el proceso, resulta inconstitucional e inidóneo el establecimiento de un sistema tasado, no sólo por su contradicción con el sistema oral, sino por la falta de justificación en la desconfianza en la Institución judicial y en los jueces, que en teoría están formados para el ejercicio de la judicatura y son escogidos entre nuestros mejores juristas –teoría que expresamos como académicos más no como ciudadanos, pues personalmente desconfiamos de las Instituciones y especialmente de los jueces, con limitadas excepciones-.

El sistema de valoración probatoria acorde con la oralidad y con el tema de la prueba como derecho constitucionalizado, es precisamente la sana crítica que analizaremos más adelante, de manera que insistiremos, la previsión tarifada de la prueba luego de nuestro texto constitucional de 1999, se presente como inconstitucional y antigarantista que debe ser aniquilado del sistema probatorio dando paso a la libre convicción razonada o criterio de certeza subjetiva de valoración probatoria.

3.1.1. Ventajas y desventajas del sistema de valoración tarifado.

Sin perjuicio de lo dicho, entre las "**ventajas**" que presenta el sistema de tarifa legal o de certeza objetiva encontramos:

a. Facilita una mayor ventaja en la justicia al ofrecer al ciudadano el convencimiento que las sentencias se someten a la Ley.
b. Permite a las partes saber de antemano cuál será el valor que se le debe atribuir a las pruebas que se aporten o que se practiquen en el proceso.
c. Libera a las sentencias de toda sospecha de arbitrariedad.
d. Evita que el juez por cuestiones personales favorezca a una de las partes, pues según el valor predeterminado por el legislador no podrá existir la subjetividad.
e. Se suple la ignorancia de los jueces o su falta de experiencia, por reglas adoptadas de la enseñanza de la experiencia y lógica de personas doctas, pues las normas preestablecidas por el legislador son hechas teóricamente por personas capacitadas y experimentadas.
f. Orienta sabiamente al operador de justicia para la verificación de los hechos, evitando la sobreestimación peligrosa o el rechazo injustificado de los medios de prueba aportados al proceso.
g. Permite que las sentencias sean uniformes en cuanto a la apreciación de las pruebas.

En relación a las "**desventajas**" que muestra el sistema en estudio encontramos:

a. Mecaniza o automatiza la función valorativa de la prueba, quitándole personalidad e impidiéndole al operador de justicia formarse un criterio personal, obligándolo a aceptar las soluciones en contra de su convencimiento lógico razonado.
b. Conduce frecuentemente a la declaración como cierto de una simple apariencia formal, por lo cual la doctrina suele hablar que el proceso –cuando rige la tarifa legal- solo consigue la declaración de una verdad formal y no real.
c. Existe un divorcio entre la sentencia y la justicia, pues el proceso se convierte en una justa aleatoria, propicia a sorpresas y habilidades reñidas con la ética, sacrificándose los fines naturales de la institución por el respeto a fórmulas abstractas.
d. Se relaja la función del juez, pues al preestablecerse el valor de las pruebas se desvirtúa prácticamente la función del proceso.
e. El Juez negligente e incapaz encuentra acomodo fácil en éste sistema.

PARRA QUIJANO al criticar el sistema de la tarifa legal expresa que la mayoría de los jueces en Colombia, son preparados por universidades donde el derecho probatorio es objeto de estudio por un año, por lo que no puede justificarse este sistema con el argumento de la falta de preparación de aquellos, circunstancia ésta que podría igualmente sostenerse en nuestro país, no obstante a que existen universidades públicas como la Universidad Central de Venezuela que no estudian el derecho probatorio como materia autónoma en los programas de pre-grado, aún cuando en la materia Práctica Jurídica III

de electiva escogencia ante las diferentes ofertas que se presentan, pocos alumnos tienen acceso al estudio del tema probatorio, lo cual a nuestro juicio no es lo verdaderamente alarmante, sino la poca preparación que en forma irregular y porque no decirlo, mediocre reciben nuestros estudiantes de derecho en universidades públicas y privadas, pues la educación a nivel superior se ha convertido o bien en un negocio lucrativo y prospero que desde hace muchos años olvidó su papel fundamental: enseñar; o bien se trata de una masa de mediocridad, política y desorden como sucede en las públicas, donde se presentan casos de verdaderos fósiles jurídicos que imparten y "enseñan" la materia a las nuevas generaciones, quienes no se actualizan ni ejercen, lo que les impide ver la realidad judicial cotidiana, bien por ser jueces o magistrados jubilados –instituciones del pasado que limpian sus culpas en la academia- o por ser abogados que desde hace muchos años dejaron el ejercicio, sin perjuicio de la existencia de profesores sin experiencia con menos de diez años de graduados que sin ejercer la carrera imparten materias procesales y prácticas. Se trata de casos de profesores que tienen más de treinta años en la docencia y ni siquiera tienen postgrado, ocupando en el escalafón académico a los que se acceden por concursos amañados y estercoléricos producto del eslarvadero académico de las universidades públicas, el nivel de meros instructores.

Pero volviendo al punto inicial el problema no es que en las universidades se imparta un año de derecho probatorio, sino que nuestras universidades, no preparan bien a quienes en el futuro asumirán el cargo de jueces de la República, circunstancia esta de suma importancia al momento de escoger el sistema de valoración de pruebas, pues al contrario de lo que expresa PARRA QUIJANO, creemos que nuestros jueces son ignorantes de la materia probatoria y procesal y no están preparados para el ejercicio de la función pública –con sus honrosas excepciones- lo cual y sin perjuicio de lo que hemos dicho del sistema tarifado, en el estado actual de las cosas no parece tan descabellado. Diremos que el problema de la justicia como expresa SENTÍS MELENDO no es de leyes sino de hombres, y precisamente el problema de la valoración de las pruebas es una situación donde juega un papel preponderante la preparación de los funcionarios judiciales, y más aún de los abogados, donde la responsabilidad de la preparación de aquellos no solo grava sobre el Estado sino más aún, sobre los hombres y mujeres que se desempeñan como profesores y profesoras en las Escuelas de Derecho en nuestro país, pues es ahí donde realmente se forma ese profesional del Derecho que el día de mañana ocupará un cargo judicial, de manera que si la formación recibida en esos años de educación superior es deficiente, existe una gran probabilidad que esos futuros jueces sean ignorantes e incapaces en el tema de su competencia y especialmente en el Derecho Procesal, como desde hace un buen tiempo ha ocurrido y que hemos denunciado desde hace más de una década, lo que hace votos para seguir manteniendo el sistema legal la

valoración tarifada de la prueba, aunque y como hemos dicho no es constitucional ni se adapta al sistema de procedimiento oral al que nos empujó el constituyente.

Para abandonar el sistema tarifado el cual insistimos no es el más idóneo, debemos asumir la responsabilidad de preparar a los operadores de justicia, pues sólo así podríamos otorgar al juzgador la libertad razonada y motivada de la valoración de la prueba, ya que en el sistema de certeza objetiva no podríamos hablar de un verdadero convencimiento del juez cuando su convicción, convencimiento personal o máximas de experiencias fueran contrarias al resultado que produjeran las pruebas valoradas mediante el sistema tasado, lo cual traería como consecuencia la declaratoria judicial de una certeza procesal o formal y no real, incluso podríamos entender que la sentencia se ajusta a las normas de derecho pero no refleja la justicia, generando un divorcio entre el Derecho y la Justicia. Diremos en definitiva que el problema es complejo y serio, pues el reflejo de esas universidades enfermas es precisamente la enfermedad que se presenta en la sociedad y en nuestras Instituciones.

3.2. SISTEMA DE LIBRE CONVICCIÓN.

Este sistema al contrario del tasado o tarifado otorga al judicante la absoluta libertad para la valoración y apreciación de los medios de prueba, no solo sin consideración de los requisitos legales sino pudiendo escoger libremente las máximas de experiencias que han de servir para su valoración. COUTURE al referirse a éste sistema expresa, que el mismo debe reservarse para ciertos casos en los cuales la Ley permita al juez, como ocurren en el jurado criminal, juzgar los hechos sin necesidad de fundamentar racionalmente sus conclusiones, sin servirse de los elementos de convicción que aparecen en el proceso, pudiendo utilizar su saber privado sin acudir a los medios normales de valoración de la prueba, pudiendo acudir a otros de carácter excepcional.[601]

El juez puede valorar las pruebas presentadas o incorporadas a los autos, bien apreciándolas o desechándolas sin tener que dar motivación alguna, por ello se dice que en este sistema el juez valora la prueba como quiere, en tanto que en el sistema de tarifa legal el juez valora la prueba como debe o como se le indica. La libre convicción también conocido como de íntima convicción, fue producto de los ideólogos de la Revolución Francesa –como expresa MONTERO AROCA- para ser aplicado a los procesos penales de juradas, donde se acabó convirtiendo la valoración de la prueba en una declaración de voluntad y no de certeza o conocimiento.[602] Los postulados de éste sistema son:

---

[601] Eduardo J. COUTURE. Estudios de Derecho Procesal Civil. T. II. pp. 219 y ss.
[602] Juan MONTRO AROCA. La Prueba en el Proceso Civil. pp. 314 y ss.

a. La valoración de las pruebas no consiste en un ejercicio de la razón, sino en una declaración de voluntad.
b. La declaración de voluntad no tiene que ser motivada.

Las decisiones producidas bajo éste sistema de valoración quedan a la voluntad discrecional del operador de justicia, no tendiendo que ser motivadas y siendo irracionales, método éste que en el actual sistema constitucional y garantista que envuelve al tema probatorio, lesionan el contenido de los artículos 26 y 49 constitucionales, al impedir a los justiciables conocer el fundamento o motivación de las decisiones proferidas por los jueces de la República, para saber así cómo se fijaron los hechos, cómo se valoraron las pruebas, cómo se interpretó y aplicó el derecho y como fue aplicada la consecuencia jurídica contenida en la norma para así poder controlar la legalidad y constitucionalidad del fallo a través del ejercicio de los recursos ordinarios o extraordinarias que prevé la Ley, elementos éstos que deben garantizarse constitucionalmente; por tales motivos es el sistema de libre convicción o íntima convicción ilegal e inconstitucional, por lo menos en los países que no tienen la influencia de la justicia anglosajona, donde precisamente es éste el sistema adoptado en los juicios orales mediante un sistema de jurados.

3.4. EL SISTEMA DE LIBRE CONVICCIÓN RAZONADA, APRECIACIÓN RAZONADA O SANA CRÍTICA.

Este sistema proviene del derecho ibérico, especialmente de la Ley de Enjuiciamiento Española de 1.855 y constituye una mezcla de la libre convicción y de la experiencia, tendiendo a ser un instrumento inadecuado en manos de jueces incapaces. La sana crítica como expresa MÁXIMA CASTRO citado por BELLO LOZANO-MÁRQUEZ es el conjunto de modos de ver y de valorar los actos, según el orden común en que ellos se producen, y el modo corriente de apreciarlos dentro de las costumbres generales imperantes en el momento en que se consideran.[603]

Eduardo J. COUTURE define al sistema de la sana crítica como las reglas del correcto entendimiento humano, contingentes y variables con relación a la experiencia del tiempo y del lugar, pero estables y permanentes en cuanto a los principios lógicos en que debe apoyarse la sentencia. Se trata de garantías de idónea reflexión, basadas en la lógica y experiencia del operador de justicia.[604]

---

[603] Humberto BELLO-LOZANO MÁRQUEZ. Ob. cit. p. 242.
[604] Eduardo J. COUTURE. Fundamentos de Derecho Procesal Civil. pp. 270 y ss.

Por su parte DEVIS ECHANDÍA al tratar el tema nos dice que la sana crítica consiste en la libertad de apreciar las pruebas, de acuerdo con la lógica y las reglas de la experiencia que según el criterio personal del Juez, sean aplicables al caso, de ahí que el convencimiento judicial no es más que el convencimiento racional en cuanto es necesario para juzgar.[605] AZULA CAMACHO por su parte nos dice que la libre apreciación o apreciación racional consiste en dejar al juez la facultad de establecer el grado de convicción o credibilidad de cada medio probatorio y de todos en conjunto, pero no de manera arbitraria, sino mediante análisis racional y lógico, dando, desde luego, las razones o fundamentos de su conclusión.[606]

En el sistema de valoración de la prueba guiado por la sana crítica, igualmente el judicante al momento de apreciar y valorar la prueba realiza una actividad silogística, donde la premisa menor estará constituido por el medio de prueba aportado por las partes al proceso o traído oficiosamente por el juzgador cuando le sea permitido; la premisa mayor, estará constituido por las máximas de experiencia del juzgador; y la conclusión será la afirmación de existencia o inexistencia del hecho controvertido tema de la prueba, siendo así como en éste sistema a diferencia del sistema de la tarifa legal, la premisa mayor viene dada por las máximas de experiencia del operador de justicia y no del operador legislativo como sucede en el señalado sistema tarifado, lo cual conlleva a que las decisiones judiciales sean razonadas, motivadas y responsables.

Las reglas de sana crítica –como expresa MONTERO AROCA- son máximas de experiencia judicial, en el sentido que son máximas que deben integrar la experiencia de la vida del operador de justicia aplicables en la sentencia al momento de determinar el valor probatorio de los medios de prueba aportados al proceso en forma motivada, pues es éste el elemento diferenciador del sistema de libre convicción o convicción íntima, que permite controlar la legalidad y constitucionalidad del fallo a través del ejercicio de los recursos.[607] De lo anterior es concluyente afirmar –como lo hace COUTURE- que la sana crítica como sistema de valoración de la prueba, se fundamenta en la unión de la lógica y de la experiencia, la primera dada por un sentido formal de las operaciones lógicas y la segunda, por las máximas de experiencia del operador de justicia, a la que se agrega los conocimientos científicos.

Sobre las ventajas del sistema de libre convicción razonada o sana crítica como nos dice PARRA QUIJANO,[608] encontramos:

---

[605] Hernando DEVIS ECHANDÍA. Ob. cit. T. I. pp. 288 y ss.
[606] Jaime AZULA CAMACHO. Ob. cit. p. 48.
[607] Juan MONTERO AROCA. Ob. cit. pp. 314 y ss.
[608] Jairo PARRA QUIJANO. Ob. cit. pp. 230 y ss.

a. La valoración y apreciación de la prueba debe razonarse y motivarse, lo cual significa que no queda a la libre voluntad y arbitrariedad del judicante quien en todo caso debe utilizar la lógica y las máximas de experiencia en su actividad final.
b. Lo anterior obliga al juez a expresar en la parte motiva del fallo, los razonamientos que hizo para atribuirle valor o negarle valor a un medio de prueba.
c. Al existir un razonamiento o motivación sobre la forma como el judicante analizó y valoró la prueba, se le garantiza al ciudadano –administrado- el derecho constitucional de la defensa, del debido proceso y de la tutela judicial efectiva.
d. Sólo a través de un razonamiento plasmado en la sentencia, podrá controlarse la legalidad y constitucional de la decisión proferida, en relación a cómo fue considerado y valorado el material probatorio.
e. Las decisiones judiciales serán el reflejo directo del convencimiento judicial, es decir, que no estaremos en presencia de sentencia donde el derecho esté divorciado de la justicia.
f. El convencimiento del juez sobre la existencia o inexistencia de los hechos controvertidos en el proceso, será elemento primordial y principal que permitirá emitir un fallo donde se establezca la certeza real y no la procesal o formal.
g. No obstante a lo anterior, si bien el sistema de valoración de la prueba en estudio permite al juzgador tener una participación aún más activa que en el sistema tarifado, donde incluso es su convicción la que se impone y no la del legislador, para adoptar éste sistema es preciso capacitar a los jueces, pues de lo contrario resultará un instrumento inadecuado y peligroso al sistema de justicia ante jueces incapaces.

Como corolario de lo dicho resulta interesante la opinión del maestro colombiano DEVIS ECHANDÍA, quien al estudiar los sistemas de valoración de pruebas manifiesta que realmente solo existen dos sistemas, como lo son el sistema de tarifa legal y el de libre convicción, siendo –a su criterio- impropio hablar de sistema de sana crítica, ya que dicho sistema es el mismo que el de libre convicción, al no poderse concebir un sistema de libre apreciación alejado de toda lógica y reglas de experiencia, donde la libertad dada al Juez en la apreciación de la prueba no lo exime someterse a las reglas de la lógica, de la psicología y de la técnica con un criterio objetivo y social; que el sistema de libre apreciación debe ser razonada, crítica y basada en reglas de lógica, experiencia y psicología o sana crítica y no en arbitrariedades, requisitos éstos que no necesariamente requieren ser exigidos en forma expresa; que en el proceso de convicción debe explicarse la motivación del fallo, para cumplir con el requisito de la

publicidad y contradicción, así como el principio constitucional del debido proceso y del derecho de la defensa, al cual agregamos de la tutela judicial efectiva.[609]

La sana crítica como sistema de valoración de pruebas, se conecta con el sistema de procedimientos orales, siendo la fórmula constitucional y garantista permitida en el marco del derecho de acceso al sistema probatorio como lo hemos enunciado, donde el juez debe acudir a la aplicación de las reglas de la lógica, la experiencia y los conocimientos científicos para valorar las fuentes probatorias que sirvan para comprobar los hechos por comparación y generar la convicción judicial traducida en certeza no exenta de error; esto último precisamente nos coloca frente a la segunda observación que haremos, pues precisamente la aplicación del sistema de sana crítica para la valoración de pruebas mediante una debida motivación basada en criterios lógicos, racionales y razonables, puede ser censurada vía recursos, cuando se lesionan precisamente esas reglas que comprenden la libre convicción razonada, lo que nos permite afirmar –como lo hemos hecho en otro momento- que la valoración probatoria en este esquema no queda exenta de su control, especialmente en sede de Casación, quedando interdictado aquel viejo y penoso criterio de considerar que en sana crítica la valoración de las pruebas es soberanía de los jueces de instancia incontrolable en sede de Casación.[610]

Para finalizar este apartado indiquemos varias cosas: La primera es que en el estado actual constitucional y gaantista resulta insostenible la aplicación de reglas tarifadas para la valoración de las pruebas, para el convencimiento o convicción judicial, reglas que de una u otra manera tiendan a regular la convicción judicial desde la sede legislativa, pues en definitiva quien debe crearse la convicción judicial conforme al debate judicial es el judicante, especialmente y como hemos expresado en el marco de los procedimiento orales. Seguidamente debemos señalar que la sana crítica como sistema de valoración que deja en cabeza del judicante la formación de la convicción judicial en base a las fuentes probatorias allegadas al proceso por los medios para en definitiva lograr la certeza de los hechos debatidos, no puede ser aplicada de manera arbitraria, pues debe ser el producto de conjugar esas reglas lógicas estáticas señaladas al momento de tratar el tema al abordar la cuestión del delderecho de acceso al sistema probatorio, con los conocimientos científicos y máximas de experiencia como juicio hipotéticos empíricos dinámicos, lo cual debe ser argumentado en la sentencia de manera conruente, racional, razonable y lógicaso pena de su control vía recursiva.

El problema realmente se presenta en cuando a lo que debe entenderse por la aplicación de esas máximas de experiencia, que como juicios dinámicos tampoco pueden quedar a la pruedencia o libertad

---

[609] Hernando DEVIS ECHANDÍA. Ob. cit. T. I. pp. 288 y ss.

[610] Véase de nuestra autoría La Casación Civil. Propuesta para un recurso eficaz y constitucional. Editorial Paredes. Caracas, 2010.

del juzgador, mucho menos incensurables, pues por lo general se dice que se apliquen las reglas de la lógica y la experiencia, así como conocimiento científicos, sin que en forma alguna se señalen cuales son ellas, especialmente, cuáles son esas máimas de experiencia. Esto ha llevado equivocadamente a la aplicación por parte del juzgador de criterios arbitrarios basados en subjetivismos, intuiciones, complejos, mezquindades y demás cuestiones internas que para nada pueden considerarse como reglas de las experiencia y que son el reflejo de sus propios demonios, tal como ha sucedido por ejemplo en materia de declaración de partes y de testigos en el proceso, donde se asumen criterios subjetivos e intuciones personales de cada judicante que evalúa cuestiones como lenguaje corporal, conducta del declarante, vestimenta, comportamiento, expresión y otros elementos que se ubican en la teoría conductista o conductual propia de los años 70´del siglo pasado relacionados con la técnica y crítica a los testimonios,cuyos problemas fundamentales se centran en la falta de objetividad que impide a las partes conocer el verdadero criterio utilizado por el juez para valorar la prueba, interdictando el derecho del control judicial vía recursiva.

Lo anterior llevado a la doctrina –JORDI NIEVA FENOLL-[611] a sugerir la aplicación de un criterio objetivo de valoración probatoria en cuando se refiere a las máximas de experiencia como componente de la sana crítica, mediante aspectos objeivos y controlables por las partes, al desprenderse de las propias actas procesales y aplicables a todos los medios probatorios, lo que elimina o resta al tema de la arbitrariedad y abuso judicial. Estos elementos que prporcionarán las propias actas del proceso y fuentes probatorias a evaluar son: a. *Coherencia* de la fuente probatoria referido en general a la estructura lógica y no contradictoria de la misma; b. *Contextualización* de la fuente probatoria, representado por el lugar, modo y tiempo de la ocurrencia de los hechos que pretenden acreditar; c. *Corroboración* de la fuente probatoria con otras cursantes en las actas procesales; y d. *Imparcialidad* de la fuente probatoria.

Estos elementos ubicables en cualquier fuente probatoria allegado al proceso por conducto de los medios pertinentes e idóneos, representan las máximas de experiencia que el judicante debe aplicar conforme a la sana crítica y que permiten de manera objetiva y cierta conocer el criterio de valoración, dándole la oportunidad a las partes de cuestionar las mismas recursivamente y ofreciendo a la comunidad un alto grado de confiabilidad en el sistema de justicia al alejar todo elemento de arbitrariedad existente cuando se aplican criterios subjetivos e intuiciones judiciales; destaquemos también que éstos criterios objetivos permiten al judicante la valoración de cualquier fuente y medio probatorio, por más complicado y científico que sea, pues sus elementos se desprenden de las propias actas del proceso y de los datos que se desprenden de esas fuentes, a propósito que y junto con las reglas de la lógica permiten afirmar que se está aplicando consitucionalmente la sana crítica como sistema de valoración racional y razonable.

---

[611] Jordi NIEVA FENOLL. La Valoración de la Prueba. Editorial Marcial Pons. Barcelona, 2010. pp 209 y ss.

Dejemos hasta aquí el precitado punto, pues su desarrollo concreto desborda el contenido del presente Tratado, al referise un punto especial que debe ser abordado en un trabajo especial dedicado al tema de la valoración de la prueba.

4. VALORACIÓN DE LA PRUEBA JUDICIAL EN LOS DIFERENTES SISTEMAS DE PROCEDIMIENTO EN VENEZUELA.

En Comencemos con el sistema de **procedimiento civil**, donde se presenta respecto a la valoración de la prueba, un sistema mixto en los términos del artículo 507 del Código de Procedimiento Civil, que expresa […] *A menos que exista una regla legal expresa para valorar el mérito de la prueba, el Juez deberá apreciarla según las reglas de la sana crítica*." Por su parte el artículo 509 *ejusdem* señala […] *Los jueces deben analizar y juzgar todas cuantas pruebas se hayan producido, aún aquellas que a su juicio no fueren idóneas para ofrecer algún elemento de convicción, expresándose siempre cuál sea el criterio del Juez respecto de ellas*."

Como ya hemos adelantado de las normas transcritas puede inferirse claramente que el sistema adoptado por nuestra legislación para la valoración, es el de libre convicción razonada o sana crítica, también conocido como certeza subjetiva, salvo que exista alguna disposición legal expresa que consagre al valor probatorio de un determinado medio de prueba; pero sea cual fuere el sistema que deba aplicarse para la valoración probatoria de los medios y fuentes aportados al proceso, el judicnate en base al principio de exhaustividad es persona obligada a analizar todos y cada uno de ellos aún cuando sean ilegales, impertinentes, irrelevantes, extemporáneos, inconducentes, ilícitos, pues para valorarlos o desecharlos, debe razonar, explicar y motivar los elementos que lo llevaron a tomar o desechar los medios y sus fuentes, lo que hará conforme a una valoración integral basada en las reglas legales o en las reglas de la lógica, la experiencia y el conocimiento científico, con una debida motivación racional, razonable y lógica vertida en la sentencia, evitando así tanto un silencio probatorio como una infracción de valoración probatoria censurables por vía recursos.

Apreciamos así la coexistencia del sistema de libre convicción razonada o sana crítica con el tarifado en el procedimiento civil, sea escrito u oral, éste último que aún cuando se identifica con el sistema de libre convicción razonada, en esta materia y dependiendo del tipo o medio probatorio, será aplicable la tarifa legal, tal como sucede en los siguientes casos: a. La prueba de confesión, sea espontáneo o provocada a través del procedimiento de las posiciones juradas; b. La prueba instrumental pública –negocial- y privada; c. Las cartas misivas, el telegrama y los libros de los comerciantes; d. Los registros y papeles domésticos; y e. Los mensajes de datos. Veamos cada una.

En cuando a la "**prueba de confesión**" la misma y conforme a lo normado en el artículo 1.401 del Código Civil, tiene el grado de convicción de plena prueba, esto es, que generará en la criterio judicial plena convicción judicial traducido en certeza sobre los hechos propios, personales o de los que tenga conocimiento el confesante cuando le sean desfavorables, estableciendo dicha norma […] *La confesión hecha por la parte o por su apoderado dentro de los límites del mandato, ante un Juez aunque éste sea incompetente, hace contra ella plena prueba*.". Esta norma se refiere exclusivamente a la confesión judicial voluntaria o provocada –posiciones juradas- sean éstas hechas por la propia parte o por el apoderado siempre dentro de los límites del mandato, tal como se verá en el capítulo referente a la confesión, pues si la confesión se realiza fuera de la secuela de un proceso extrajudicial –confesión extrajudicial- y a un tercero, ésta solo tendrá el valor de un indicio, tal como lo norma el artículo 1.403 *ejusdem*, ya que si la confesión se ha realizada a la propia parte o a un representante suyo, tendrá el valor probatorio de plena prueba. En cuanto a la confesión en materia de "posiciones juradas", producida cuando la parte no compareciere sin motivo justificado alguno a absolver la posiciones, luego de citado, cuando se negare a contestar la posiciones formuladas y cuando perjurare al contestarlas, producirá el valor de plena convicción judicial, tal como lo dispone el artículo 412 del Código de Procedimiento Civil, que expresa […] *Se tendrá por confesa en las posiciones que la parte contraria haga legalmente en presencia del Tribunal: a la que se negare a contestarlas, a menos que el absolvente, por su propia determinación, se niegue a contestar la posición por considerarla impertinente, y así resulte declarado por el Tribunal en la sentencia definitiva; a la que citada para absolverlas no comparezca sin motivo legítimo, o a la que se perjure al contestarlas, respecto de los hechos a que se refiere el perjurio. Si la parte llamada a absolver las posiciones no concurre al acto, se dejarán transcurrir sesenta minutos a partir de la hora fijada para la comparecencia, ya se refiera ésta al primer acto de posiciones o a la continuación del mismo después de alguna suspensión de aquél o de haberse acordado proseguirlo ante un Juez comisionado al efecto. Pasado este tiempo sin que hubiese comparecido el absolvente, se le tendrá por confeso en todas las posiciones que le estampe la contraparte, sin excederse de las veinte indicadas en el artículo 411*."

En materia de prueba escrita o "instrumental", tanto pública –negocial- como la privada, encuentra su valor probatorio tasado en la Ley, a cuyo efecto para los instrumentos públicos el artículo 1.359 del Código Civil expresa […] *El instrumento público hace fe, así entre las partes como respecto de terceros, mientras no sea declarado falso: 1° de los hechos jurídicos que el funcionario público declara haber efectuado, si tenía facultad para efectuarlos; 2° de los hechos jurídicos que el funcionario público declara haber visto u oído, siempre que esté facultado para hacerlos constar*." Por su parte el artículo 1.360 *ejusdem* señala […] *El instrumento público hace plena fe, así entre las partes como respecto de terceros, de la verdad de las declaraciones formuladas por los otorgantes acerca de la realización del hecho jurídico a que el instrumento se contrae, salvo que en los casos y con los medios permitidos por la ley se demuestre la simulación*." El instrumento público negocial produce en el criterio del juzgador plena

convicción judicial tarifada respecto a los actos que el funcionario público y a su declaración de la que ha visto, oído, presencia y realizado –fe pública- cuyo cuestionamiento debe hacerse a través de la tacha de falsedad incidental o por vía principal, así como la declaración que hayan hecho las partes, no así respecto a su verdad la cual puede ser cuestionada por vía de la somulación que entre las partes se demuestra con el contradocumento o contra escritura, admitiéndose cualquier prueba cuando se trata de terceros.

En cuanto al valor probatorio de los "instrumentos privados", el artículo 1.363 del Código Civil señala […] El instrumento privado reconocido o tenido legalmente por reconocido, tiene entre las partes y respecto de terceros, la misma fuerza probatoria que el instrumento público en lo que se refiere al hecho material de las declaraciones; hace fe, hasta prueba en contrario, de la verdad de esas declaraciones.", y el artículo 1.361 del Código Civil dispone […] *Aquel contra quien se produce o a quien se exige el reconocimiento de un instrumento privado, está obligado a reconocerlo o negarlo formalmente si no lo hiciere, se tendrá igualmente por reconocido. Los herederos o causahabientes pueden limitarse a declarar que no conocen la firma de su causante*." Como podemos apreciar el valor probatorio del instrumento privado se obtiene en la medida que se produzca su reconocimiento, la determinación de la paternidad del mismo, reconocimiento que únicamente recae sobre la firma estampada en el instrumento y no sobre el contenido. El instrumento privado de manera tasada genera plena convicción judicial en el criterio del judicante una vez que se ha producido su reconocimiento, respecto a la realización del hecho material de las declaraciones al igual que el público, cuyo ataque o cuestionamiento se hace mediante desconocimiento de la firma o tacha del contenido; igualmente genera plena convicción judicial de la verdad de las declaraciones vertidas en el mismo, salvo prueba en contrario para desvirtuar la buena fe que se presume respecto al contenido del instrumento. Cuando el documento es autenticado, el valor probatorio es igual que el instrumento público respecto al hecho material del acto, que aún siendo un instrumento privado puede ser tachado el mismo acto reconocimiento –verdad del funcionario ante el cual se autenticó- incluso cuando hay adulteraciones del mismo con posterioridad a su otorgamiento.

Por su parte, las "**cartas misivas**", **el** "**telegrama**" y los "**libros de los comerciantes**", conforme a lo normado en los artículos 1.374, 1.475 y 1.477 del Código Civil, tienen la misma fuerza o valor probatorio que los instrumentos privados, en tratándose de un sistema tasado que genera plena convicción judicial en los términos indicados. Respecto a los "**registros**" y "**papeles domésticos**", a las "**notas marginales**" y a las "**tarjas**", su valoración probatoria se encuentra contenida en los artículos 1.378, 1.379 y 1.383 del Código Civil, respectivamente.

Los "**mensajes de datos**" definidos por el Decreto con Fuerza de Ley de Mensajes de Datos y Firmas Electrónicas, como toda información inteligible en formato electrónico o similar que pueda ser almacenado o intercambiado por cualquier medio, tienen la misma eficacia o valor probatorio que la Ley

otorga a los documentos –instrumentos- escritos, lo cual quiere decir que su apreciación se rige por el sistema de tarifa legal, tal como lo norma el artículo 4° de la citada Ley al expresar […] *Los Mensajes de Datos tendrá la misma eficacia probatoria que la ley otorga a los documentos escritos, sin perjuicio de lo establecido en la primera parte del artículo 6 de éste Decreto-Ley. Su promoción, Control, contradicción y evacuación como medio de prueba, se realizará conforme a lo previsto para las pruebas libres en el Código de Procedimiento Civil. La información contenida en un Mensaje de Datos, reproducida en formato impreso, tendrá la misma eficacia probatoria atribuida en la ley a las copias o reproducciones fotostáticas*." Como se aprecia si el mensaje de datos proviene de un funcionario público en el ejercicio de sus funciones, capaz de imprimirle al acto fe pública, como lo sería un "proveedor de servicios de certificación" de carácter público, que es la persona dedicada a proporcionar certificados electrónicos y demás actividades previstas en el Decreto-Ley, entendiéndose por "certificado electrónico", el mensaje de datos proporcionado por un proveedor de servicios de certificación que le atribuye certeza y validez a la firma electrónica, que no conferirá a su vez autenticidad o fe pública, tal como lo norma el artículo 38 del Decreto-Ley, tendrá la eficacia probatoria que se le otorga a los instrumentos públicos; en caso contrario, de no provenir el mensaje de datos de un funcionario público –proveedor de servicios de certificación de carácter privado, el valor probatorio y eficacia que se le otorgará, será la de los instrumentos privados, pues como lo norma el artículo 1 del Decreto-Ley el mismo tiene por objeto otorgar y reconocer eficacia y valor jurídico a la firma electrónica, al mensaje de datos y a toda información inteligible en formato electrónico, independientemente de su soporte material, atribuible a personas naturales o jurídicas, públicas o privadas.

Por su parte la "firma electrónica" regulada por el Decreto-Ley, considerada como la información creada o utilizada por el signataria, esto es, por la persona titular de la firma electrónica o certificado electrónico, que permite atribuirle a su autoría bajo el contexto en el cual ha sido empleado, también gozan de validez y eficacia probatoria, tal como lo norma el artículo 16, al señalar […] *La firma Electrónica que permita vincular al Signatario con el Mensaje de Datos y atribuir la autoría de éste, tendrá la misma validez y eficacia probatoria que la ley otorga a la firma autógrafo. A tal efecto, salvo que las partes dispongan otra cosa, la Firma Electrónica deberá llenar los siguientes aspectos: 1. Garantizar que los datos utilizados para su generación puedan producirse sólo una vez, y asegurar, razonablemente, su confiabilidad. 2. Ofrecer seguridad suficiente de que no pueda ser falsificado con la tecnología existente en cada momento. 3. No alterar la integridad del Mensaje de Datos. A los efectos de este artículo, la Firma Electrónica podrá formar parte integrante del Mensaje de Datos o estar inequívocamente asociada a éste; enviarse o no en un mismo acto*." La firma electrónica tendrá el mismo valor y eficacia probatoria que la Ley le atribuye a la firma autógrafo, siempre que reúna con los requisitos señalados, de lo contrario y conforme a lo previsto en el artículo 17 del Decreto-Ley, no tendrá el efecto jurídico que le atribuye el mismo, pudiendo

a todo evento constituir un elemento de convicción apreciable por el operador judicial a través del sistema de sana crítica.

En este sentido dispone el artículo 17 del Decreto-Ley que […] *La Firma Electrónica que no cumpla con los requisitos señalados en el artículo anterior no tendrá los efectos jurídicos que se le atribuyen en el presente Capítulo, sin embargo, podrá constituir un elemento de convicción valorable conforme a las reglas de la sana crítica.*" Por su parte la firma electrónica de los registradores y notarios, tienen la misma validez y eficacia probatoria que la Ley le otorga a la firma autógrafo, tal como lo establece en el artículo 5° del Decreto con Fuerza de Ley de Registro y del Notariado, que señala […] *La firma electrónica de los Registradores y Notarios tendrá la misma validez y eficacia probatoria que la ley otorga a la firma autógrafo.*", y el artículo 25 del referido decreto expresa […] *Los asientos e información registrales contenidos y emanados oficialmente del sistema registral surtirán todos los efectos jurídicos que corresponden a los documentos públicos.*"; por último el artículo 50 del Decreto en cuestión expresa […] *La inscripción de un acto en el Registro Mercantil y su posterior publicación, cuando ésta es requerida, crea una presunción iuris et de iure sobre el conocimiento universal del acto inscrito.*"

Estas son las excepciones a la regla de valoración de la prueba a través del sistema de la sana crítica, de manera que todos los demás medios se apreciarían razonada y motivadamente por el judicante como es el caso de la "**inspección Judicial**" cuya valoración se rige por el sistema de sana crítica en los términos indicados en el 1.430 del Código Civil al expresar […] *Los jueces estimarán en su oportunidad el mérito de la prueba dicha.*" Interesa destacar y adelantándonos al capítulo donde se estudiará la prueba de inspección judicial, que las inspecciones extrajudiciales a que se refiere el artículo 1.429 del Código Civil, en concordancia con lo normado en los artículos 936 y 938 del Código de Procedimiento Civil, aún cuando se encuentran contenidas en instrumentos públicos, pues la actividad de los ojos –u otros sentidos- del operador de justicia, se encuentra vertida en un acta que ha sido levantada por un funcionario público, se aprecian conforme al sistema de sana crítica y no conforme al sistema tarifado que rige para la prueba instrumental.

También se valora conforme al sistema de sana crítica la prueba de "**experticia**", tal como lo expresa el artículo 1.425 del Código Civil, al señalar […] *Los jueces no están obligados a seguir el dictamen de los expertos, si su oposición se opone a ello.*"

En relación a la "**prueba de informes**" a que se refiere el artículo 433 del Código de Procedimiento Civil, su apreciación se realiza a través del sistema de sana crítica. Igualmente, en cuanto las "**reproducciones de planos, calcos, copias y fotografías**" a que se refiere el artículo 502 del Código de Procedimiento Civil, a la "**reconstrucción**" de hechos a que se contrae el artículo 503 *ejusdem*, y la prueba de "**experimentos o pericia científica**" contenida en el artículo 504 *ibidem*, también se aprecian conforme al sistema de sana crítica.

La **prueba testimonial** se rige en cuanto a su valoración por el sistema de sana crítica, aún cuando el artículo 508 del Código de Procedimiento Civil, le indica al judicante una tarifa legal en cuanto a los elementos que deben considerarse para la valoración del dicho de los testigos, señalando la citada norma […] *Para la apreciación de la prueba de testigos, el Juez examinará si las deposiciones de éstos concuerdan entre sí y con las demás pruebas y estimará cuidadosamente los motivos de las declaraciones y la confianza que merezcan los testigos por su edad, vida y costumbres, por la profesión que ejerzan y demás circunstancias, desechando en la sentencia la declaración del testigo inhábil, o del que apareciere no haber dicho la verdad, ya por las contradicciones en que hubiere incurrido, o ya por otro motivo, aunque no hubiese sido tachado, expresándose el fundamento de tal determinación*." Observemos que para la valoración de la prueba en comento el judicante debe considerar: a. Si las deposiciones de los testigos concuerdan entre sí y con las demás pruebas; b. Los motivos de las declaraciones; c. La confianza que merezcan los testigos por su edad, vida y costumbres, por la profesión que ejerzan y demás circunstancias, reglas éstas que son de sana crítica por cuanto dejan al criterio del jurisdicente la apreciación probatoria, pues los jueces darán el mérito a la declaración en la medida en que se convicción lo conduzcan a ese pronunciamiento.

Otro de los medios de prueba que se valoran conforme a la sana crítica de judicante son los "**indicios**", todo en los términos del artículo 510 del Código de Procedimiento Civil que señala […] *Los jueces apreciarán los indicios que resulten de autos en su conjunto, teniendo en consideración su gravedad, concordancia y convergencia entre sí, y en relación con las demás pruebas de autos*." Si bien se trata de una libre convicción en la construcción y valoración de la prueba en comento, la tarifa se presenta en cuanto a las características que deben presentar los hechos indicantes que deben estar acreditados en el proceso, que de ser plurales deben ser graves, concordantes y concurrentes o convergentes.

Por último y en cuanto a los medios de "**prueba libres**" que sean promovidos y evacuados conforme al principio de libertad probatoria contenido en el artículo 395 del Código de Procedimiento Civil, serán apreciados por el sistema de sana crítica.

En el **procedimiento penal** y conforme al artículo 22 del Código Orgánico Procesal Penal, el sistema aplicable es la sana crítica, expresando la citada norma […] *Las pruebas se apreciarán por el tribunal según la sana crítica observando las reglas de la lógica, los conocimientos científicos y las máximas de experiencia*." También en el sistema de **procedimiento marítimo** se aplica el precitado sistema de valoración, señalando el artículo 19 de la Ley del Procedimiento Marítimo que […] *El Juez analizará, valorara y apreciará las pruebas conforme a la sana crítica*." Observemos la pésima redacción de la norma al extender el sistema de valoración al análisis y a la apreciación que y como vimos, es una actividad intelectiva va del judicante no plasmado en la sentencia y no regulable. En el procedimiento de niños, niñas y adolescentes el sistema de valoración se aplica conforme al artículo 450.K de la Ley Orgánica para la Protección del Niño, Niña y Adolescentes

al señalar […] *y el juez o jueza lo apreciará según las reglas de la libre convicción razonada*." En el **procedimiento agrario** en tratándose de un sistema de procedimiento oral, por lógica debe aplicarse la libre convicción razonada o sana crítica aunque nada se dice al respecto.

Respecto al **procedimiento contencioso administrativo** el adefesio de Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa nada señaló al respecto y no resulta fácil señalar que será la sana crítica, pues en cuanto al tema probatorio y como lo hemos visto en otro momento, aún cuando en teoría es un procedimiento oral y se rige por los principios de inmediación en los términos indicados en el artículo 2 –aunque paradójicamente no se previó los principios de contradicción o bilateralidad y concentración también propios del sistema procedimental oral- en ninguno de los diferentes procedimientos se reguló la correspondiente audiencia probatoria oral y probatoria donde se forme la prueba con inmediación, concentración, contradicción o bilateralidad, gratuidad y publicidad, de manera que no resulta descabellado aplicar el mismo sistema mixto del procedimiento civil; en cuanto al **procedimiento contencioso tributario**, se rige por el citado sistema de procedimiento civil ya analizado, tal como lo norma el artículo 273 del Código Orgánico Tributario que indica […] *A los efectos de la promoción, evacuación, y valoración de las pruebas, los jueces tendrán por regla las disposiciones que al efecto establezca el Código de Procedimiento Civil, el Código Civil y otras leyes de la República*."

Por último nos referiremos al **procedimiento laboral** –la joya de la corona- donde el tema de valoración probatoria se encuentra regulado en el artículo 10 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, que expresa […] *Los jueces del trabajo apreciarán las pruebas según las reglas de la sana crítica; en caso de duda, preferirán la valoración mas favorable al trabajador*." Como podemos observar en tratándose de un procedimiento oral, lógico resulta el establecimiento del sistema de valoración de pruebas por medio de la sana crítica, pero el tema que llama la atención es la aplicación y mutación de un principio de interpretación de la norma sustantiva laboral al tema de valoración de las pruebas, ello cuando se indica en la precitada norma que "*...en caso de duda, preferirán la valoración mas favorable al trabajador*.", lo que no es más que el conocido principio in dubio pro operario pero aplicado a la valoración de las pruebas, lo que es un verdadero disparate cuando y como hemos visto, en materia probatoria la actividad que desplieguen las partes y que el juez pueda ordenar de oficio, en definitiva conducirá a la verificación de los hechos enunciados y controvertidos por comparación con las fuentes llevadas al proceso por los medios probatorios, que permitirán al judicante llegar a la convicción judicial traducida en certeza, bien en cuanto a la ocurrencia de los hechos, bien en cuanto a la no ocurrencia de los hechos enunciados y debatidos, pero en caso de falta de prueba o de su insuficiencia incapaz de producir la convicción judicial, necesariamente debe acudir al sucedáneo de pruebas mediante la aplicación de la carga fallando contra aquel sobre quien pesaba el gravamen de la prueba, siendo totalmente errado utilizar el principio de

interpretación de la norma sustantiva laboral para solucionar el problema de la duda probatoria que en definitiva es un problema de ausencia o insuficiencia de prueba, desconociendo absolutamente el régimen de la carga de la prueba, pues insistamos, di la prueba genera duda es porque no hubo convencimiento judicial respecto al hecho y la única forma de dar solución al problema es mediante la aplicación de régimen de la carga de la prueba.

Como consecuencia de lo expresado afirmamos que es un disparate la aplicación del *in dubio pro operario* en materia de valoración de pruebas, que deja de manifiesto la ignorancia de los magistrados que en su momento redactaron este instrumento legal.

CAPITULO X

REQUISITOS DE LA ACTIVIDAD PROBATORIA EN EL PROCESO JUDICIAL

……………………………………………………………………………………………

SUMARIO: *1. Requisitos de la prueba judicial. Intrínsecos y extrínsecos. 2. Requisitos intrínsecos. 2.1 La conducencia o idoneidad del medio probatorio. 2.2. La pertinencia del medio probatorio. 2.3. La relevancia o utilidad del medio probatorio. 2.4. La legalidad del medio probatorio. 2.5. La ausencia de prohibición legal de investigar el hecho. 3. Requisitos extrínsecos. 3.1 La temporaneidad, tempestividad u oportunidad procesal de presentación del medio probatorio. 3.2 La licitud de la prueba. 3.3. La legalidad de la prueba. 3.4. Las formalidades procesales que deben cumplirse en cada medio probatorio. Requisitos de promoción de la prueba. 3.5. La legitimación y postulación para quien promueve o solicita la prueba y para quien la ordena oficiosamente. 3.6. La competencia del juez.*

1. REQUISITOS DE LA ACTIVIDAD PROBATORIA. Intrínsecos y extrínsecos.

Los actos procesales de mayor trascendencia en el proceso judicial como ha quedado plasmado a lo largo del presente trabajo, no son otros que los relativos a la actividad probatoria, que no solo se refieren a los realizados en el marco del proceso judicial, sino incluso antes del mismo, como lo es la heurística, la probática, la anticipación de medios, el aseguramiento y preconstitución de fuentes probatorias, lo que

ya en el marco del proceso y luego que los hechos brutos son institucionalizados y enunciados como presupuestos de normas que contienen consecuencias jurídicas que se buscan, que son el sustento bien de la demanda, acusación, contestación o defensa, que de ser controvertidos y no eximidos de prueba requieren ser acreditados o demostrados en el proceso, lo que llevará a las partes a desplegar toda una actividad probática y probatoria luego de diseñada la estrategia procesal pertinente, mediante la promoción de las pruebas que lleven las fuentes al proceso, que evacuadas en bilateralidad y contradictorio, así como con inmediación, concentración y publicidad en los procedimientos orales, donde la prueba se forme en la audiencia oral –salvo la anticipación de medios- conducirán a la convicción judicial traducido en certeza a través de la verificación de los hechos por comparación con las fuentes, lo que será la consecuencia de toda actividad racional, razonable y lógica realizada por el judicante en la sentencia, que comienza con la asunción de los medios y las fuentes, seguido de la interpretación de su contenido, apreciación y definitivamente su valoración.

La actividad probatoria descrita y especialmente la producida en el proceso judicial, que se presenta como un derecho constitucionalizado, como parte del debido proceso requiere del cumplimiento de un conjunto de requisitos tanto intrínsecos como extrínsecos que permiten obtener un resultado inmaculado y alejado de todo germen de nulidad que pueda conducir a la invalidez de la actividad probatoria. De esta manera entendamos por **requisitos intrínsecos**, aquellos que atañen al medio probatorio utilizado en cada caso concreto -en cada proceso- en tanto que los **requisitos extrínsecos**, son aquellos que se refieren a circunstancias que existen de forma separada del medio probatorio utilizado en cada proceso, pero que se hayan relacionado con él, complementándolo.

Los requisitos de la prueba –actividad probatoria- que se pretenden desarrollar en el presente capítulo, tanto intrínsecos como extrínsecos deben ser analizados por el judicante bien al momento de la admisión o providenciación de las pruebas, bien en caso de haber sido admitidas salvo su apreciación en la definitiva, en caso de haber traspasado la barrera de la admisibilidad al momento de emitir el fallo final, pues es pertinente recordar que la admisibilidad del medio probatorio no involucra su valoración, por el contrario el judicante es libre al momento producir la sentencia definitiva para desechar aquellas pruebas que habrían sido admitidas oportunamente, de manera que los **requisitos** de la actividad probatoria comprenden aquel conjunto elementos que le son propios para obtener la convicción judicial mediante la certeza de los hechos enunciados y debatidos en un caso concreto, exigibles en cada proceso en específico y no en cualquier clase de proceso en general, siendo los mismos:

a. La conducencia o idoneidad del medio probatorio.
b. La pertinencia del medio probatorio.
c. La relevancia o utilidad del medio probatorio.

d. La legalidad del medio probatorio.
e. La ausencia de prohibición legal de investigar el hecho.

Por su parte los **requisitos extrínsecos** de la actividad probatoria, no referidos al medio probatorio a utilizar en un determinado proceso, sino a las circunstancias generales de la precitada actividad que puede presentarse en cualquier clase de proceso judicial, que se separan del medio probatorio del caso concreto pero que se relacionan con él y lo complementan, están constituidos por los siguientes elementos:

a. La temporaneidad, tempestividad u oportunidad procesal de presentación del medio probatorio.
b. La licitud del medio probatorio como se obtuvo la fuente.
c. La legalidad del medio probatorio.
d. Las formalidades procesales que deben cumplirse en cada medio probatorio, es decir, la regularidad en su promoción.
e. La legitimación y postulación para quien promueve o solicita el medio probatorio y para quien la ordenarlo oficiosamente.
f. La competencia del juez.

Son éstos los requisitos que deben conjugarse para que en el proceso se pueda producir la prueba judicial como resultado de la actividad probatoria, ausente de todo vicio que la invalide y que permita al judicante formarse la convicción judicial respecto a la certeza de los hechos debatidos y enunciados en las diferentes pretensiones –en sentido general- que son el presuuesto de las normas aplicables al caso.

2. REQUISITOS INTRÍNSECOS.

2.1. La conducencia o idoneidad del medio probatorio.

Como hemos señalado estos requisitos intrínsecos de la actividad probatoria están conformados, por aquellos elementos que deben conjugarse en cada uno de los medios de pruebas ha utilizar en cada proceso judicial concreto, siendo el primero de los mismos la conducencia o idoneidad del medio probatorio, que como hemos dicho en otro momento, se refiere a la posibilidad que el medio presenta para aportar o trasladar la fuente al proceso, especialmente cuando el legislador impone en determinados casos un medio de prueba específico o especial para acreditar el hecho, para aportar la fuente demostrativa del hecho debatido y enunciado, como sucede en el caso que se pretenda demostrar con los medios probatorios de testigos o confesión provocada la existencia del matrimonio, de una deuda garantizada con hipotecaria, capitulaciones matrimoniales e incluso la propiedad, medios éstos que aún cuando pudieran ser pertinentes, relevantes, legales, temporáneos y regularmente promovidos, carecen de la

idoneidad o conducencia para demostrar los hechos en cuestión, ya que el ordenamiento legal exige un determinado medio probatorio para tal fin, como lo será el acta de matrimonio, el documento constitutivo registrado de la hipoteca, de las capitulaciones matrimoniales o de la propiedad, de manera que la utilización de cualquier otro medio, no solo marca la inadmisión del medio sino que y de haber burlado la barrera de la admisión deberá ser desechado en la sentencia definitiva, so pena de infracción de normas jurídicas expresas sobre el establecimiento de los hechos al darse por demostrado un hecho con un medio probatorio que la ley no permite cuando al efecto se exige un medio concreto. También es el caso de la demostración vía inspección judicial de hechos para los cuales se requiere de conocimientos científicos para lo que debe acudirse a una experticia.

La conducencia o idoneidad del medio probatorio se refiere exclusivamente en nuestro sistema legal, a la adecuación permisible para demostrar un hecho controvertido por conducto de un determinado medio de prueba, aún cuando –se insiste- el mismo sea legal, pertinente, relevante, lícito, tempestivo y regularmente promovido, advirtiéndose que éste requisito será exigido en cada caso o proceso concreto, pero es interesante precisar como también se hiciera en otro momento, que la conducencia del medio probatorio no está ligado con la legalidad del mismo, pues éste último se refiere exclusivamente a que los medios propuestos por las partes no se encuentren expresamente prohibidos por la ley, interdicción que y como hemos también dicho, será constitucionalmente sostenible en un sistema garantista, en la medida que se trate de una limitación lógica, racional y razonable para la protección de otros derechos constitucionales o fundamentales, pues insistamos que el derecho de acceso al sistema probatorio está constitucionalizado.

PARRA QUIJANO al referirse a la conducencia de la prueba, expresa que la misma supone la idoneidad legal que tiene una prueba para demostrar determinado hecho; que supone la inexistencia de una norma legal que prohíba el empleo del medio para demostrar un hecho determinado, la comparación entre el medio probatorio propuesto y la ley a fin de saber, si el hecho puede demostrarse en el proceso con el empleo del medio probatorio promovido. Coloca como ejemplo que se pretenda demostrar con un documento privado la propiedad de un inmueble.[612]

Para DEVIS ECHANDÍA la conducencia del medio probatorio se refiere, a la aptitud legal de la prueba respecto del medio mismo o en relación con el hecho a probar;[613] en tanto que para AZULA CAMACHO el requisito de la conducencia es aquel que encuadra dentro de los requisitos objetivos de la prueba, definido como aquel referente a la materia u objeto del proceso y constituido por la citada

---

[612] Jairo PARRA QUIJANO. Ob. cit. p. 153.
[613] Hernando DEVIS ECHANDÍA. Ob. cit. T. I. p. 337.

conducencia, la pertinencia, utilidad y ausencia de prohibición legal,[614] donde la conducencia hace referencia a que el medio probatorio propuesto sea adecuado para demostrar el hecho, lo que por *contrario sensu* conduce a que la inconducencia se presente cuando el medio probatorio no es idóneo para demostrar el hecho, tal como sucede con la compraventa de un inmueble, que siendo un acto solemne que debe constar por escritura pública, la prueba conducente para demostrarlo es esta clase de documentos, constituyendo la prueba testimonial y confesoria inidóneas para demostrar éste hecho jurídico. En definitiva, la conducencia es cuestión de derecho que el judicante debe examinar y pronunciar al momento de considerar el medio probatorio propuesto y en caso de cumplirse, rechazarlo *in limine*, al momento de la admisión, sin perjuicio que de haberse admitido el medio se haga en la sentencia definitiva, no siendo sostenible una sentencia donde el hecho debatido y enunciado se demuestre con un medio probatorio que resulta inidóneo.

Destacamos que el momento del pronunciamiento sobre el requisito que comentamos, es precisamente en la providenciación del medio probatorio, lo que debe estar acreditado o que pueda constatarse de manera clara y sin ningún tipo de duda, pues de lo contrario y en base al principio de *favor probationis* que hemos estudiado en otro momento, el judicante debe apostar a la admisión y a su revisión posterior al momento de la sentencia definitiva.

2.2. La pertinencia del medio probatorio.

La pertinencia es otro de los requisitos intrínsecos del medio probatorio, que se encuentra identificado y relacionado directa y umbilicalmente con los hechos enunciados por las partes como fundamentos de sus pretensiones y excepciones, siempre que sean controvertidos y no eximidos de pruebas, de manera que si el hecho ha sido expresa o tácitamente admitido, reconocido o confesado por las partes, está eximido de prueba o en definitiva no ha sido controvertidos o debatido, todo medio probatorio que se proponga para su acreditamiento deviene en inadmisible por impertinente.

En este sentido los únicos hechos que serán tema del debate probatorio, son aquellos enunciados por las partes como fundamento de sus pretensiones o excepciones, que al trabarse la litis como consecuencia de la contestación de la demanda o del ejercicio de la defensa del acusado –aunque en el sistema de procedimiento penal no es necesario, pues siempre la carga probatoria recaerá sobre la acusación como consecuencia del derecho a la presunción de inocencia- mantengan el carácter de controvertidos y siempre –como indicamos- que no estén eximidos de prueba.

---

[614] Jaime AZULA CAMACHO. Ob. cit. p. 52.

La prueba pertinente es aquella que tiende a demostrar hechos enunciados y controvertidos o discutidos en el proceso, sobre los cuales no existe acuerdo entre las partes, que tiende a demostrar la pretensión del actor o la excepción del demandado, al ser presupuesto de las normas que consagran aquellas consecuencias jurídicas que piden y que les benefician. Si la prueba propuesta resulta a todas luces impertinente, si es manifiesta su inutilidad por no tender a demostrar hechos controvertidos, en la medida que dicha inutilidad dada por la impertinencia sea manifiesta, el judicante debe desechar *in limine litis*, al momento de providenciar las pruebas aquella que no cumpla con éste requisito, por lo que si los medios probatorios solo tienen apariencia de impertinencia –no manifiesta- debe ser admitida salvo su mejor o mayor apreciación al momento de dictar el fallo definitivo, en función del principio de *favor probationis*.

La prueba pertinente expresa Antonio ROCHA ALVIRA, es aquella referida a un hecho tal que si fuere demostrado influirá en la decisión total o parcial del litigio, siendo en consecuencia impertinente cuando se pretende probar un hecho que aún demostrado, no sería de naturaleza para influir en la decisión del asunto.[615]

AZULA CAMACHO por su parte manifiesta que la pertinencia de la prueba viene dado por que el medio probatorio se refiera o tenga relación con los hechos que figuran en la controversia.[616]

PARRA QUIJANO indica que la pertinencia de la prueba es la adecuación entre hechos que se pretenden llevar al proceso y lo hechos que son tema de prueba, es decir, la relación de *ipso* entre los hechos que se pretenden demostrar y el tema del proceso.[617]

MONTERO AROCA al tratar el tema indica que la prueba pertinente atiende al hecho que se fija como objeto de prueba en relación con las afirmaciones que se hicieron por las partes en su momento –fase alegatoria- y que puede llevar a la admisión de los medios de prueba que se propongan.[618] De lo dicho puede afirmarse que el medio probatorio será inadmisible por impertinente en los siguientes casos:

a. Cuando los medios de prueba se dirijan a probar hechos que no fueron afirmados por las partes en los actos de alegación y excepción, acusación o defensa.
b. Cuando los medios de prueba que se propongan no tiendan a demostrar hechos enunciados y controvertidos en la dialéctica procesal.
c. Cuando los medios de prueba propuestos no afecten el posible contenido del fallo.

---

[615] Antonio ROCHA ALVIRA. Ob. cit. p. 124.
[616] Jaime AZULA CAMACHO. Ob. cit. p. 52.
[617] Jairo PARRA QUIJANO. Ob. cit. p.153.
[618] Juan MONTERO AROCA. La Prueba en el Proceso Civil. p. 77.

d. Cuando los medios de prueba tiendan a demostrar hechos eximidos de prueba, como los notorios, presumidos por la ley, negaciones o afirmaciones absolutas, entre otros casos.

e. Cuando los medios de prueba tiendan a demostrar hechos cuya verificación no está permitida por la Ley.

DEVIS ECHANDÍA al referirse a la pertinencia de la prueba, señala que la misma viene dada por la relación existente entre el hecho objeto de ésta y los fundamentos de hecho de la cuestión por decidir, que permite a aquel influir en la decisión, sea de las pretensiones o excepciones del proceso contencioso, de donde concluye lo siguiente:

a. Que la pertinencia es requisito para que el hecho puede ser objeto concreto de prueba en un proceso determinado.

b. Es requisito para que el hecho esté incluido en el tema de prueba de cada proceso.

c. Es un requisito diferente a la relevancia o utilidad de la prueba, pues la misma puede ser pertinencia pero innecesaria por irrelevante, como en el caso que el hecho estuviese demostrado en el proceso con otros medios propuestos.

d. Es un requisito que corresponde ser apreciado por el judicante en el campo de los hechos y no en el derecho, cuya censura solo puede hacerse por vía indirecta al cuestionar el tema fáctico referido al establecimiento de los hechos.

e. Es un requisito de admisibilidad que debe ser revisado al momento de la providenciación de los medios de prueba, para negarle al acceso a aquella que aparezca manifiestamente como impertinente, pues de lo contrario debe admitirse y revisarse nuevamente al momento de emitir el fallo definitivo, en función del principio de *favor probati*onis.

f. Siguiendo las enseñanzas del profesor Antonio ROCHA ALVIRA indica, que la determinación de la pertinencia no está vinculado con que el hecho haya sido alegado en la demanda o en los escritos de excepción, por el contrario la tesis se fundamenta en el hecho que los alegatos expresados en la fase alegatoria del proceso que determinan la pertinencia de la prueba son los fundamentales y no los accesorios o circunstanciales, los cuales no requieren de alegación expresa por los contendores, de donde se infiere que si el medio de prueba tiende a demostrar éstos hechos, no puede negarse el acceso al mismo con base a su impertinencia –por no haber sido expresamente expuestos en la fase alegatoria- pues la misma podría demostrar o traer al proceso la prueba de hechos circunstanciales o accesorios que no requieren de alegato expreso, circunstancia ésta que se ve respaldada por el hecho que en función del principio de publicidad y contradicción de las pruebas, las partes de antemano sabrán que hechos pretenden ser demostrados con las pruebas propuestas, pudiendo de ésta manera ejercer su derecho

constitucional de la defensa sobre las pruebas, pues como se expusiera en otra oportunidad cuando el medio de prueba es propuesto, debe identificarse cual es su objeto lo que permitirá controlar precisamente la pertinencia del medio.[619]

2.3. La relevancia o utilidad del medio probatorio.

Es requisito intrínseco para la admisibilidad o eventual valoración del medio que aporta la fuente probatoria, que éstos no solo sean conducentes o idóneas y pertinentes, sino también se requieren que sena útiles, que mantengan relevancia en el proceso, que realmente aporten elementos de convicción que ayuden a resolver el conflicto judicial que se planea, de lo contrario el medio probatorio deberá ser desechado *in limine litis*. La relevancia o utilidad se refiere a que el medio probatorio propuesto preste algún servicio en el proceso, esclareciendo o demostrando los hechos controvertidos para de ésta manera dictar un decisión que acoja o rechace la pretensión accionada.

La utilidad de la prueba –expresa MONTERO AROCA- está referido al medio en sí mismo considerado y se presenta en aquellos casos donde el medio probatorio no es adecuado para verificar con él las afirmaciones de hecho que pretenden ser probadas por la parte, cuando el medio es inadecuado respecto del fin que se persigue; igualmente se presenta en aquellos casos en que la prueba es superflua.[620]

AZULA CAMACHO al referirse a la utilidad escribe que la misma se refiere a que con el medio probatorio pueda establecerse un hecho materia de la controversia, aún cuando no se encuentre demostrado con otra prueba; que en una noción amplia del tema se refiere a aquella que no sea idónea para demostrar un hecho que interese a la litis, como ocurre con la inconducencia y la impertinencia, que a diferenciarla de la pertinencia y la conducencia, debe entenderse que la utilidad viene dada por que el hecho esté o no demostrado por otro medio propuesto.[621]

La prueba debe prestar alguna utilidad al proceso, algún servicio, ser necesaria o por lo menos conveniente para ayudar a obtener el convencimiento del juzgador respecto de los hechos principales o accesorios sobre los cuales se basa la pretensión contenciosa, como lo expresa el ilustre colombiano Hernando DEVIS ECHANDÍA, cuya inutilidad se presenta en los siguientes casos:

a. Cuando el medio probatorio tienda a demostrar hechos inverosímiles o hechos imposibles, bien sean por causas físicas, metafísicas, naturales, ordinarias o comunes.

[619] Hernando DEVIS ECHANDÍA. Ob. cit. T. I. pp. 342.
[620] Juan MONTERO AROCA. Ob. cit. p. 80.
[621] Jaime AZULA CAMACHO. Ob. cit. p. 53.

b. Cuando el medio probatorio tienda a demostrar hechos que son imposibles de demostración por la existencia de presunciones de derecho en contrario o contra una cosa juzgada.
c. Cuando el medio probatorio tienda a demostrar hechos que por ley están prohibidos investigar.
d. Cuando se pretenda demostrar un hecho con una prueba diferente a la que la ley señala para acreditar dicho hecho.
e. Cuando el medio probatorio tienda a demostrar un hecho amparado por una presunción legal, bien sea ésta desvirtuable –*iuris tantum*- o indesvirtuable –*iure et de jure*- o de derecho.
f. Cuando el medio probatorio tienda a demostrar hechos notorios, definidos o indefinidos absolutos, negaciones sustanciales o absolutas, o hechos evidentes.
g. Cuando el medio probatorio tienda a demostrar hechos admitidos o confesados por las partes.
h. Cuando el medio probatorio tienda a demostrar hechos no controvertidos.
i. Cuando el medio probatorio tienda a demostrar hechos fundamentales no expuestos en los actos de alegación.
j. Cuando varias medios probatorios hayan sido propuestas para demostrar un mismo hecho.[622]

2.4. La ausencia de prohibición legal de investigar el hecho.

Este requisito intrínseco de admisibilidad del medio probatorio se refiere a que el hecho que pretenda demostrarse a través del medio propuesto, se encuentre por ley prohibido de ser investigado, que su investigación haya sido prohibida por la ley, conduciendo a su inadmisibilidad, prohibición ésta que debe ser expresa y no tácita, presunta o implícita. Esta protección de investigación de los hechos como expresa AZULA CAMACHO,[623] se fundamenta esencialmente en la protección de derechos personales consagrados en la Ley o de secretos de Estado, de seguridad de Estado o en defensa de la moral, así como en aquellos casos en defensa de la intimidad, honor y confidencialidad de los ciudadanos y de su grupo familiar, tal como lo señala el artículo 60 constitucional que expresa […] *Toda persona tiene derecho a la protección de su honor, vida privada, intimidad, propia imagen, confidencialidad y reputación. La ley limitará el uso de la información para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y ciudadanas y el pleno ejercicio de sus derechos*.”

[622] Hernando DEVIS ECHANDÍA. Ob. cit. T. I. p. 350.
[623] Jaime AZULA CAMACHO. Ob. cit. p. 53.

La Constitución contiene algunas limitaciones en cuanto a la investigación e información sobre determinados hechos, como los referentes al intimidad, honor y confidencialidad de los ciudadanos y de su grupo familiar –como lo señala la norma antes trascrita- pero igualmente contiene limitaciones en cuanto a las materias de seguridad interior y exterior, investigación criminal y la intimidad de la vida privada que sean reguladas por la leyes respectivas, donde se clasifique el contenido de los instrumentos como confidenciales o de secretos, tal como lo dispone el artículo 143 constitucional que expresa […] *Los ciudadanos y ciudadanas tienen derecho a ser informados e informadas oportuna y verazmente por la Administración Pública, sobre el estado de las actuaciones en que estén directamente interesados e interesadas, y a conocer las resoluciones definitivas que se adopten sobre el particular. Asimismo tienen acceso a los archivos y registros administrativos, sin perjuicio de los límites aceptables dentro de una sociedad democrática en materia relativa a seguridad interior y exterior, a investigación criminal y a la intimidad de la vida privada, de conformidad con la ley que regule la materia de clasificación de documentos de contenido confidencial o secreto. No se permitirá censura alguna a los funcionarios públicos o funcionarias públicas que informen sobre asuntos bajo su responsabilidad*." Por su parte el artículo 325 *ejusdem* dispone […] *El Ejecutivo Nacional se reserva la clasificación y divulgación de aquellos asuntos que guarden relación directa con la planificación y ejecución de operaciones concernientes a la seguridad de la Nación, en los términos que la ley establezca*."

Como podemos observar el texto fundamental contempla que toda prueba tendiente a demostrar los hechos reservados o secretos, deberá ser inadmitida por cuanto existe una prohibición -más que de ley de rango constitucional- de investigar el hecho, destacándose que las normas constitucionales señaladas, remiten a las leyes respectivas.

3. REQUISITOS EXTRÍNSECOS.

Como hemos dicho al principio de este capítulo éstos requisitos extrínsecos de la que pechan la actividad probatoria, están constituidos por aquellos no referidos al medio probatorio a utilizar en un determinado proceso, sino a las circunstancias generales que pueden presentarse en cualquier clase de proceso judicial, que se separan del medio probatorio del caso concreto pero que se relacionan con él y lo complementan, tal como son los que veremos a continuación.

3.1. Temporaneidad, tempestividad u oportunidad procesal de presentación del medio probatorio.

El primero de los requisitos extrínsecos que encontramos, se refiere a la temporeneidad del medio probatorio, a que el mismo haya sido propuesto e incorporado al proceso en su oportunidad procesal predeterminada, como lo es en la promoción de las pruebas salvo que se trate de las pruebas de

proposición excepcional, tales como los instrumentos públicos y privados de carácter fundamental, los cuales deben incorporarse junto al libelo de la demanda; la prueba de confesión provocada o posiciones juradas, la cual puede se propuesta en el libelo de la demanda, en la contestación y en segundo grado de jurisdicción; el juramento decisorio, el cual puede ser deferido en cualquier estado y grado del proceso; y la prueba instrumental pública negocial no fundamental, la cual puede ser incorporada hasta los últimos informes.

En función del debido proceso y del principio de preclusión de los lapsos procesales, los medios de prueba deben ser incorporadas en su oportunidad legal respectiva, de lo contrario deberán ser *inadmitidas in limine* por el judicante o bien desechadas en la sentencia de mérito, sin lo cual se vulneraran, no solo los principios en cuestión, sino la norma jurídica expresa que regula el establecimiento de las pruebas referidas a las reglas del procedimiento probatorio, donde se incluye las referidas a la promoción oportuna.

3.2. La licitud de la prueba.

Como expusimos en otro capítulo la prueba ilícita es aquella que se obtiene lesionado los derechos constitucionales de los ciudadanos, lesionado el derecho constitucional al debido proceso cuya nulidad se encuentra contenida en el artículo 49.1 constitucional, diferenciándose de la prueba ilegal, ya que ésta última se refiere a la prohibición expresa contenida en la ley, que como hemos indicado debe ser una limitación que obedezca a criterios lógicos, racionales o razonables para la protección de otros derechos constitucionales, son pena de ser o tratarse de una limitación inconstitucional que como estorbo debe quitarse del camino para dar andamiento al medio probatorio.

La ilicitud de la prueba se refiere a la forma como la parte ha obtenido la fuente de prueba que luego pretende introducir en el proceso por medio de la prueba, incluso está referida a la actividad propiamente dicha de promoción de la prueba, siendo un problema que no solo se manifiesta en el marco de los procesos penales, sino también de los procesos civiles donde se hable de ilícitos civiles.

Como se expresara en otro momento, en el proceso queda excluido de cualquier método de obtención de fuentes de prueba, el empleo de la violencia física, la amenaza de utilizarla sobre alguna persona, siendo indiferente que la violencia sea ocasionada por funcionarios públicos investigadores o una persona privada, bien sea parte o tercero en el proceso, por lo que en el elenco de pruebas ilícitas se encuentran aquellas obtenidas por violencia física, psicológica, el interrogatorio de personas bajo

influencias de drogas o estupefacientes, sustancias químicas que alteren la conciencia, la violación a la intimidad, la lesión a los derechos fundamentales y libertades públicas que consisten en desnudar a personas obligándola además ha realizar flexiones, la violación del domicilio, la violación al derecho de comunicaciones postales, telegráficas y/o telefónicas, entre otras lesiones constitucionales que hacen inapreciables y nulas las pruebas obtenidas ilícitamente.

La licitud de la prueba es un requisito que debe ser revisado por el judicante al momento de pronunciarse o providenciar los medios de prueba propuestos, de manera que si el medio infectado de ilicitud logra burlar la barrera de la admisibilidad ingresando e incorporándose a las actas del expediente, el juzgador es persona obligada a valorarla, aún cuando el medio como se obtuvo fuere ilícito, por lo que realmente el problema de la licitud de la prueba, más que de valoración es de admisibilidad del medio probatorio, ello sin perjuicio que existe cierta ilicitud que no puede ser tolerada como es el caso de violencia física o psicológica ejercida sobre las personas para arrebatarles una declaración confesoria, en tanto que hay otros casos donde la ilicitud es tolerada, tal y como lo analizamos al estudiar el principio de la licitud de la prueba que y para no repetir los mismos remitimos al lector.

3.3. La legalidad de la prueba.

La legalidad es otro de los requisitos extrínsecos de los medios de prueba, consistente en que los mismos no estén expresamente prohibidos por la ley, en cuyo caso y de ser propuesto algún medio expresamente prohibido el judicante debe rechazar o negar la admisión de la prueba al momento de providenciarlas y de admitir, deberá revisar el requisito en cuestión al momento de valorar el mérito de la prueba al dictar la sentencia definitiva.

En este punto sólo insistiremos que en el marco del acceso al sistema probatorio como derecho constitucionalizado, el tema de la prohibición de realizar o proponer un determinado medio probatorio, debe ser analizado en forma garantista, siendo válida la interdicción solo cuando la misma tienda a la protección de otro derecho constitucional de igual o mayor rango al propio del acceso al sistema probatorio, lo contrario debe conducir al judicante a reinterpretar la norma procesal expresiva de la inadmisión o desaplicarla por control difuso al colidir con el contenido de los artículos 26 y 49 constitucionales, dándole andamiento al medio probatorio propuesto.

3.4. Las formalidades procesales que deben cumplirse en cada medio probatorio. Requisitos de promoción de la prueba judicial.

Todo medio de prueba propuesto en el proceso no solo debe cumplir con los requisitos de tiempo, modo y lugar del acto procesal probatorio que garantizan el principio de inmaculación de la prueba, sino que también han de cumplir con los requisitos propios que se exigen en cada medio al momento de proponerse, los requisitos particulares de cada medio probatorio así como el requisito de identificación del objeto de la prueba, sin lo cual y como lo ha señalado el máximo Tribunal de la República en una sentencia que fuera tratada anteriormente en el presente trabajo, el medio se considerará irregularmente promovido y consecuencialmente deberá negarse su ingreso al proceso –inadmisibilidad del medio probatorio prepuesto- so pena de vulnerarse alguna norma jurídica expresa que contenga el establecimiento de las pruebas –error de derecho al juzgar los hechos- conforme a lo previsto en el artículo 320 del Código de Procedimiento Civil.

Así por ejemplo en materia de confesión **provocada o posiciones juradas**, además de la identificación del objeto de la prueba, debe manifestarse –como requisito de admisibilidad- la voluntad de absolverse recíprocamente las posiciones que formule posteriormente el absolvente primario –requisito de reciprocidad, tal como lo exige el artículo 406 del Código de Procedimiento Civil, que expresa […] *La parte que solicite las posiciones deberá manifestar estar dispuesta a comparecer al Tribunal a absolverlas recíprocamente a la contraria, sin lo cual aquéllas no serán admitidas. Acordadas las posiciones solicitadas por una de las partes, el Tribunal fijará en el mismo auto la oportunidad en que la solicitante debe absolverlas a la otra, considerándosele a derecho para el acto por la petición de la prueba*."

En materia de **exhibición de documentos** se requiere que el proponente del medio probatorio, acompañe copia del documento cuya exhibición se pretende o en su defecto, la afirmación de los datos que conozca acerca del contenido del mismo, así como un medio de prueba que constituya por lo menos presunción grave que el documento se halla o se ha hallado en poder de su adversario, tal como lo dispone el artículo 436 *ejusdem* que expresa […] *La parte que deba servirse de un documento que según su manifestación, se halle en poder de su adversario podrá pedir su exhibición. A la solicitud de exhibición deberá acompañar una copia del documento, o en su defecto, la afirmación de los datos que conozca el solicitante acerca del contenido del mismo y un medio de prueba que constituya por lo menos presunción grave de que el instrumento se halla o se ha hallado en poder de su adversario. El Tribunal intimará al adversario la exhibición o entrega del documento dentro de un plazo que le señalará bajo apercibimiento. Si el instrumento no fuere exhibido en el plazo indicado, y no apareciere de autos prueba alguna de no hallarse en poder del adversario, se tendrá como exacto el texto del documento, tal como aparece de la copia presentada por el solicitante y en defecto de ésta, se tendrán como ciertos los datos afirmados por el solicitante acerca del contenido del*

documento. Si la prueba acerca de la existencia del documento en poder del adversario resultare contradictoria, el Juez resolverá en la sentencia definitiva, pudiendo sacar de las manifestaciones de las partes y de las pruebas suministradas las presunciones que su prudente arbitrio le aconsejen."

Respecto a la **experticia** el proponente debe señalar con claridad y precisión los puntos sobre los cuales deberá efectuarse la prueba, sin lo cual no le será admitida, tal como lo exige el artículo 451 del Código de Procedimiento Civil, al señalar […] *La experticia no se efectuará sino sobre puntos de hecho, cuando lo determine el Tribunal de oficio, en los casos permitidos por la ley, o a petición de parte. En este último caso se promoverá por escrito, o por diligencia, indicándose con claridad y precisión los puntos sobre los cuales debe efectuarse*."

En cuanto a la prueba de **inspección judicial** además de tener el proponente que señalar los hechos sobre los cuales deberá recaer la actividad sensorial del judicante, no debe existir otro medio de prueba a través del cual pueda demostrarse el hecho o los hechos sobre los cuales recaerá la inspección, tal como lo expresa el artículo 1.428 del Código Civil, al señalar […] *El reconocimiento o inspección ocular puede promoverse como prueba en juicio, para hacer constar las circunstancias o el estado de los lugares o de las cosas que no se pueda o no sea fácil acreditar de otra manera, sin extenderse a apreciaciones que necesiten conocimientos periciales*."

En cuanto a la **prueba testimonial** además de identificarse el objeto de la prueba, la finalidad que se pretende con la prueba o los hechos controvertidos sobre los cuales depondrá el testigo y que se demostrarán con la deposición, circunstancia esta idéntica a la prueba de posiciones juradas o confesión provocada, lo cual no quiere decir que deba acompañarse el interrogatorio, se requiere del señalamiento del nombre, apellido y domicilio de los testigos, tal como lo señala el artículo 482 del Código de Procedimiento Civil, que expresa […] *Al promoverse la prueba de testigos, la parte presentará al Tribunal la lista de los que deban declarar, con expresión del domicilio de cada uno*."

Si los medios probatorios propuestos o promovidos por las partes no cumplen con las formalidades procesales para su promoción, deberán ser declaradas inadmisible *in limine litis*, sin perjuicio de ser desechados en la sentencia de fondo.

3.5. La legitimación y postulación para quien promueve o solicita la prueba y para quien la ordena oficiosamente.

Conforme a éste requisito, los únicos que pueden proponer las pruebas para el mérito de la causa son las partes, bien sean éstas principales o accesorias, así como terceros intervinientes y en caso de incidencias surgidas como consecuencia de intervenciones de terceros que no discuten el fondo del tema controvertido principal, éstos únicamente se encuentran legitimados para proponer y producir las pruebas relacionas con la incidencia y no con el mérito de la causa.

Por otro lado los únicos que tienen capacidad postulación para proponer las pruebas, son los letrados o profesionales del derecho que se encuentren en el libre ejercicio de la profesión y que actúen como representantes de las partes. También en materia de pruebas decretadas oficiosamente, el operador de justicia facultado para tal acto es el de la causa, el que ha de conocer y decidir el mérito de la causa y no el comisionado.

3.6. La competencia del juez.

Es otro de los requisitos extrínsecos de la actividad probatoria, consistente en que el judicante para recibir los medios de prueba propuestos, admitirlos, ordenarlos, evacuarlos y valorarlos, requiere tener competencia objetiva y subjetiva, de lo contrario no podrá realizar en principio dichos actos probatorios, de manera que si el juez no es competente para el proceso, tampoco lo será para los actos de prueba, pero siendo competente deberá tener legitimación para poder ejecutar los actos probatorios de providenciación, ordenación, materialización y valoración de la prueba.

En cuanto al juez comisionado también debe tener competencia para poder realizar los actos probatorios que le han sido encomendados, pues de lo contrario no se cumplirá con el requisito en comento, de manera que si el órgano jurisdiccional es incompetente y a tal efecto se declara la misma en su oportunidad legal correspondiente, las pruebas practicadas o materializadas en ese proceso serán válidas, siempre en la medida que hayan podido ser controvertidas y que se hubiesen cumplido con los requisitos legales antes señalados. No obstante sobre éste punto volveremos a tratar en el capítulo del traslado de la prueba.

CAPITULO XI

SUJETOS DE LA ACTIVIDAD PROBATORIA

……………………………………………………………………………………………………

SUMARIO: 1. Sujetos de la actividad probatoria. Definición. Órganos de la Prueba. Definición. Diferencia entre "sujetos" y "órganos" de la actividad probatoria. 2. Clasificación de los sujetos que intervienen en la actividad probatoria. 2.1. Sujetos de la proposición de la prueba. 2.2. Sujetos de la contradicción de la prueba. 2.3. Sujeto de la providenciación y ordenación de la prueba. 2.4. Sujetos de la práctica o materialización de la prueba. 2.5. Sujeto destinatarios de la prueba. 2.6. Sujeto de la valoración de la prueba.

1. SUJETOS DE LA ACTIVIDAD PROBATORIA. Definición. Órganos de la Prueba. Definición. Diferencia entre "sujetos" y "órganos" de la actividad probatoria.

La prueba como la consecuencia o resultado de la actividad probatoria la hemos definido como la verificación o comprobación de los hechos enunciados y debatidos en el proceso –no eximidos de actividad probatoria- mediante la comparación con las fuentes llevadas al proceso por los medios que

conduce a la convicción judicial mediante la certeza sobre los precitados hechos no exenta de error. Esta actividad procesal tendiente a la demostración de los hechos controvertidos que constituyen la versión fáctica sostenida por cada parte y que es el presupuesto de la norma que consagra la consecuencia jurídica que les beneficia y piden en sus respectivos escritos, es realizada por diversos sujetos procesales y en diferentes escenarios, como la anticipación de medios probatorios, preconstitución y aseguramiento de fuentes, promoción de medios probatorios, providenciación de los medios probatorios promovidos, ordenación del medio para allegar la fuente, materialización de la prueba, la asunción, interpretación, apreciación y finalmente la valoración de la actividad probatoria que pueda dar como resultado final la "prueba" del hecho debatido y enunciado en el proceso; en estos momentos actúan diferentes sujetos bien como proponentes de la actividad probatoria, contradictores, ayudantes de dicha actividad, incluso como receptores, tal como son las partes en el proceso, los terceros que se hacen parte en el mismo, sea de manera voluntaria o forzada, el judicante, los auxiliares de justicia y como tal los diferentes órganos de prueba que colaboran con aquel para allegar las fuentes probatorias que sirvan para la verificación de los hechos por comparación en los términos que hemos estudiado a lo largo de este trabajo.

Para abordar el tema de los llamados sujetos de la actividad probatoria, es oportuno aclarar –como lo hace DEVIS ECHANDÍA-[624] que es incorrecto referirse a sujetos activos o pasivos de la prueba –actividad probatoria- como así lo hace el maestro español Jaime GUASP al precisar que en el acto procesal –de prueba- aparecen tres clases de sujetos como lo son: a. Sujeto activo o persona de quien proceden las actividades probatorias; b. Sujeto pasivo o persona que soporta o sobre quien recaen tales actividades probatorias; y c. Sujeto destinatario de la prueba o personas a quien van fundamentalmente dirigidas.

Según el precitado maestro español en cuanto al sujeto activo, son normalmente las partes quienes conforme al principio dispositivo, son quienes deben realizar los actos procesales tendientes a demostrar en el proceso los hechos controvertidos, salvo la actividad probatoria oficiosa permitida al judicante; respecto al sujeto pasivo estará conformado por la parte contraria a aquella por cuya iniciativa la prueba será practicada; y en cuanto al sujeto destinatario de la actividad probatoria será siempre el judicante –*iudici fit probatio*- que aunque excepcionalmente asuma iniciativa probatoria, no quiere decir que no sea su destinatario, ya que las cualidades de sujeto activo y receptor de la prueba pueden conjugarse perfectamente a través de la intermediación que el medio de prueba supone, pues la prueba –actividad probatoria- tiene por objeto lograr el convencimiento del jurisdicente. Que […] *Las partes tienen, evidentemente, un derecho de probar: por su condición jurídica de partes se les atribuye la facultad o serie de facultades correspondientes. Pero, más que la determinación de tal facultad, interesa aquí saber sobre cuál de las dos partes recae el*

[624] Hernando DEVIS ECHANDÍA. Ob. cit. T. I. pp. 257 y ss.

riesgo que origina la falta de la prueba, por lo que es más importante que la afirmación del derecho a probar la indicación particular sobre cuál de las dos partes en contradicción recae la carga de la prueba."[625]

Al revisar este criterio el maestro DEVIS ECHANDÍA expresa que la parte contraria de quien suministra la prueba, no asume actividad probatoria ni conducta pasiva, al no ser el adversario quien la debe practicar ni suministrarla –salvo los casos de exhibición- ni esa actividad se dirige contra él, sino a la verificación de los hechos y a la formación del convencimiento del judicante, por lo que en todo caso la parte que no asume carga probatoria sólo podrá sufrir los efectos procesales que produzcan las pruebas –fuentes- aportadas por la parte contraria. Compartimos la postura del maestro colombiano pues efectivamente más que hablar de sujetos activos y pasivos de la actividad probatoria, debemos entender que existen sujetos cargados con el interés de proponer en el proceso los medios que conduzcan la fuentes que en definitiva sirvan para la verificación de los enunciados debatidos por comparación, para la convicción judicial, por ser el presupuesto de aquellas normas contentivas de las consecuencias jurídicas que les benefician y han solicitado; sujetos cargados con el interés de cuestionar y contradecir la actividad probatoria –generalmente aquella contraria a la que ha propuesto el medio, y decimos generalmente pues por el principio de comunidad perfectamente la fuente allegada por una de las partes puede beneficiar a la otra-; sujetos destinatarios de la actividad probatoria, como lo será el judicante, sin perjuicio de los jurados en los sistemas anglosajones-; y sujetos que colaboran en la realización de la actividad probatoria, aportando la fuente que sirve para la verificación de los hechos, como los testigos, peritos, intérpretes, incluso las propias partes cuando se trata de declaraciones de parte bien se carácter confesoria o aclaratoria.

De esta manera afirmamos que realmente no podría considerar a la parte que no asume carga probatoria como el sujeto pasivo de la prueba, en tratándose más que de un problema de determinación de sujetos de la prueba como lo enfocan GUASP, que se encuentra determinado por la distribución y asunción del riesgo probatorio y que lo llevaría a considerar que el sujeto pasivo de la prueba era quien no asumía la carga probatoria, de un sujeto procesal de la prueba que asume la carga de la contradicción, pero que no asume una posición pasiva como se plantea, ya que incluso y como lo hemos indicado por el principio de comunidad, puede verse beneficiado con la actividad probatoria de su contendor, circunstancia ésta última que echaría por tierra la tesis del precitado profesor español. En definitiva, quien no asume la carga de la prueba tampoco asume una condición pasiva, pues si bien no tendrá que suministrar al proceso la prueba de los hechos- sin perjuicio de la aplicación de la carga dinámica o criterio correctivo de la regla distributiva por facilidad probatoria- tendrá todo el derecho a cuestionar –contradecir- y vigilar –controlar- los actos de pruebas realizados por la parte contraria, e incluso los actos

---

[625] Jaime GUASP. Ob. cit. T. I. p. 304.

probatorios oficiosos realizados por el operador de justicia, los cuales podrá cuestionar, más no controlar pues la actividad es exclusiva y facultativa del decisor, a lo que se suma el hecho que en la mayoría de los casos la parte no proponente de la prueba asume un papel activo no solo mediante la presentación de pruebas que infirmen o contradigan, sino por medio de pruebas destinadas a demostrar un derecho diferente que opera a modo de excepción o de mutua petición.

Lo dicho trae como consecuencia que en el proceso no puede realmente hablarse de sujeto activo y pasivo de la prueba –actividad probatoria- siendo los sujetos de la prueba todas aquellas personas que realicen actos probatorios tendientes a demostrar hechos controvertidos, indistintamente de quien asume la carga de aportar al proceso las probanzas, no siendo técnico hablar de ese dualismo resultando más prudente no imponer calificativo alguno como bien lo expresan BETANCUR JARAMILLO y GARCÍA SIERRA al señalar […] *En el derecho probatorio no es técnico hablar de ese dualismo y para evitar equívocos es más prudente no imponer calificativo alguno. No puede decirse que la parte opositora de aquella que puede la prueba soporte pasivamente la actividad probatoria porque, como dice el profesor Devis, no es el adversario quien la debe practicar, ni suministrar...*"[626]

¿Pero qué debe entenderse por sujetos de la prueba judicial? ¿Se identifican los conceptos de sujetos de la actividad probatoria y órganos de la actividad probatoria?

Respondiendo la primera de las interrogantes formuladas tenemos que por "**sujetos de la actividad probatoria**" debe entenderse todos aquellos sujetos que en la secuela de la contienda judicial, realizan actos probatorios de proposición, providenciación, ordenación, evacuación y valoración de la prueba judicial, es decir, actos probatorios tendientes a demostrar los hechos controvertidos sometidos a la jurisdicción, como lo son las partes y el judicante. En este sentido DEVIS EXHANDÍA define los sujetos de la actividad probatoria como […] *las personas que desempeñan alguna de las actividades procesales probatorias, de presentación o solicitud, admisión o decreto, práctica, recepción o asunción, contradicción o discusión y valoración o apreciación de la prueba; esto es, el juez y las partes principales o secundarias en el proceso.*"[627]

Por su parte los profesores colombianos BETANCUR JARAMILLO y GARCÍA SIERRA nos dice que en la actividad probatoria intervienen además de los sujetos del proceso –juez y partes- otras personas que cumplen un papel trascendental en él que coadyuvan en la búsqueda de la certeza judicial y que reciben el calificativo de "órganos de la prueba" o colaboradores, siendo los primeros los conocidos como "sujetos de la prueba", sobre quienes recae la mayor responsabilidad, ya que gracias a su intervención la prueba se produce oportuna y adecuadamente, preparándose para que uno de éstos, el

---

[626] Carlos BETANCUR JARAMILLO y Alfonso GARCÍA SIERRA. De la Prueba Judicial. Editorial Seña. Medellín, 1998. pp. 119 y ss.
[627] Hernando DEVIS ECHANDÍA. Ob. cit. T. I. p. 260.

juez o destinatario, haga la evaluación en la sentencia y aplique el derecho si os presupuesto de hecho acreditados pueden subsumirse en los supuestos de la norma aplicable.[628]

Lo dicho nos cola precisamente en el tema de los "**órganos de la actividad probatoria**" también conocidos como "**órganos de prueba**", quienes se diferencian de los "sujetos de prueba, al tratarse de aquellas personas que se limitan a colaborar con el judicante en la actividad probatoria, como son los expertos, prácticos, testigos, intérpretes, partes interrogadas o confesantes, médicos, forenses, funcionarios administrativos y judiciales de policía, ingenieros, arquitectos, contadores, entre otros. Los "órganos de la prueba judicial" colaboran activamente con el operador de justicia en certeza judicial, suministrando aquellas fuentes probatorias que sirvan para verificar por comparación los hechos enunciados en el proceso y discutidos, donde en algunos casos tienden a suplir la falta de ciencia del jurisdicente sobre aspectos que no son de su especialidad –expertos- o el conocimiento de sucesos que se quieren establecer dentro del proceso –declaración de partes o terceros- ya que sin ellos no solo no podrían conducirse las fuentes probatorias de suma importancia en el proceso, sino que la verificación sobre la existencia de los hechos sería incompleta e insuficiente.

DEVIS ECHANDÍA define los "órganos de prueba" como […] *las personas que se limitan a colaborar con el juez en la actividad probatoria, como peritos y testigos de las inspecciones judiciales, o a suministrarle el conocimiento del objeto de la prueba, como testigos comunes, intérpretes, funcionarios judiciales o administrativos o de policía, que expiden copias o certificados y que rinden informes con destino al proceso, lo mismo que las partes cuando declaran en absolución de posiciones o careos, o son las autoras de documentos allegados al proceso, y aun los detectives y funcionarios de policía o de laboratorios forenses que investigan los hechos para suministrar indicios, huellas digitales, pruebas de otros orden y cualesquiera otros experimentos científicos que tengan algún valor probatorio; por los tanto los órganos de prueba son generalmente los terceros no intervinientes y las partes sólo cuando son autores del medio de prueba, confesión o documento; nunca el juez.*"[629]

Para JAUCHEN son órganos de prueba aquellas personas que colaboran con el juez introduciendo en el proceso elementos de prueba; que el conocimiento del dato de prueba por parte del órgano de prueba puede haber sido obtenido por orden del juez –como el perito, intérprete o traductor- o bien accidentalmente –como el caso del testigo y la parte que confiesa-; que el juez no es órgano de prueba sino destinatario de los datos que aquellos traen al proceso.[630]

Es importante destacar que las partes en el proceso que generalmente son los "sujetos de la prueba", también pueden ser "órganos de la prueba" especialmente cuando se trata de la declaración que

---

[628] Carlos BETANCUR JARAMILLO y Alfonso GARCÍA SIERRA. Ob. cit. p. 117.
[629] Hernando DEVIS ECHANDÍA. Ob. cit. T. I. p. 260.
[630] Eduardo M. JAUCHEN. Ob. cit. pp. 31 y 32.

hacen en el proceso y que puedan tener vocación probatoria por su carácter confesoria, bien a través de declaraciones voluntarias o provocadas; pero también indiquemos que cuando se trata de las declaraciones de las partes y concretamente en el proceso penal, para poder considerarse como fuente probatoria por su carácter confesoria, su validez requiere del cumplimiento de conjunto de requisitos que garanticen los derechos del imputado y del acusado –dependiendo de donde se produzca la confesión- como la advertencia de tener o no el derecho a declarar en su contra, la asistencia letrada, la interdicción de cualquier medio de coacción, entre otros, de manera que y en base al derecho constitucional al estado de inocencia, el imputado y el acusado no están en teoría en el deber colaborar en la verificación de los hechos que lo incriminan, de decir la verdad y consecuencialmente declarar en su contra, incluso el silencio no les acarrea consecuencia alguna, pues se trata de "sujetos de prueba" amparados por el derecho fundamental en comento; pero cuando el imputado o acusado no es ya "sujeto de prueba" respecto a las fuentes que puedan suministrar con su declaración, sino que es "tema de la prueba" por estar en él la fuente como tal, no lo ampara elprecitado estado y está en el deber de colaborar con la actividad probatoria, como es el caso de registros, cacheos, inspecciones corporales, entre otras.

En este sentido el profesor argentino Eduardo M. JAUCHEN nos dice que […] *Según el principio de incoercibilidad del imputado, que tiene su base en el artículo 18 de la Constitución Nacional, no es posible, entre otras cosas, influenciar de cualquier modo para obtener que él suministre prueba en su contra. El imputado aportará material probatorio a su favor o en su contra sólo voluntariamente, tomando la decisión libremente sin coacción de ninguna naturaleza; no es permisible de manera alguna constreñirlo a brindar información, porque nadie puede ser obligado a declarar contra si mismo (nemo tenetur se ipsum acussare). Pero la importancia del principio de incoercibilidad a los efectos de la cuestión que tratamos, es su consecuencia, o sea, que por tratarse de una garantía constitucional, de la actitud pasiva del imputado respecto al aporte de la información o prueba no se puede extraer ninguna presunción en su contra. Ninguna inferencia que lo perjudique directa o indirectamente puede hacer el juez en la sentencia partiendo de la conducta negativa del imputado de manera que ésta se erige como una prueba de cargo."* Luego indica con respecto al imputado como "tema de la prueba" que […] *no podrá inferirse en su perjuicio sólo cuando, como consecuencia de la referida garantía, no esté obligado a coadyuvar con la peritación. Y no lo está cuando se le tome como sujeto o órgano de prueba, esto es, como quien con su relato o actitud puede suministrar información o pruebas para el esclarecimiento de la verdad. Empero, no será así, y está obligado a cooperar cuando él mismo en su persona sea el portador material del elemento probatorio. Pues en este caso no es sujeto sino objeto de la prueba. Su libre determinación y voluntaria ayuda es garantida cuando puede aportar, con su conocimiento u obrar, datos o elementos que orienten la investigación, pero no cuando él mismo es el investigado en su persona física por contener intrínsecamente la prueba, como en el caso en que se necesite efectuarle una extracción de sangre, de cabello, una rinoscopia, o sea menester someterlo a un reconocimiento en rueda de persona, requisa personal, o una inspección corporal o mental para verificar la existencia de cicatrices o estados psíquicos. En estos casos puede ser incuso forzado para lograr el*

examen, y el límite con que se deberá operar esta fuerza lo determinará la naturaleza de la circunstancia, tomando como parámetro la prohibición de poner en peligro la vida o salud, y la posibilidad extrema derivada de su resistencia total. Se concluye que son supuestos en los que por estar obligado a presentarse al acto que resulte necesario para que la pericia pueda posteriormente realizarse, su actitud reticente y su falta de cooperación puede luego ser tomada como elemento indiciario en su contra; no le está, por ende, vedado al juez poder extraer una presunción desfavorable en estos casos."[631]

De lo dicho y transcrito afirmamos que la noción de "sujetos prueba" y "órgano de prueba" se diferencian y en éste último hay que distinguir a su vez, cuando la parte –especialmente el imputado o acusado en el proceso penal- son "sujetos" o "tema" de la actividad probatoria; en el primero donde la fuente que puedan suministrar con su declaración debe ser libre y voluntaria, sin posibilidad de obligarlo a declarar y no derivando consecuencia alguna de la conducta reticente, ello como consecuencia del derecho al estado de inocencia, lo que no se produce cuando es "tema" de la actividad probatoria por ser él la persona investigada y contener intrínsecamente la fuente sobre la cual recae la actividad probatoria, caso en el cual puede ser obligada gradual y proporcionalmente, garantizando los derechos humanos, a someterse a la precitada actividad.

2. CLASIFICACIÓN DE LOS DIVERSOS SUJETOS QUE INTERVIENEN EN LA ACTIVIDAD PROBATORIA.

En el desarrollo de la clasificación de los sujetos que intervienen en la actividad probatoria, se hace pertinente su estudio tomando en consideración las etapas probatorias que se producen en el proceso judicial y al efecto tenemos.

2.1. Sujetos de la proposición de la prueba.

La promoción o proposición de los medios probatorios como lo señaláramos en otro capítulo, es el acto mediante el cual las partes elevan al conocimiento del órgano jurisdiccional, cuales serán los instrumentos de prueba que utilizarán para demostrar sus extremos de hecho enunciados, debatidos y no exentos de prueba por ser el presupuesto de la norma contentiva de la consecuencia jurídica que han pedido y le benefician. Esta actividad de promoción de medios probatorios en el marco de los diferentes procedimiento que hemos estudiado, generalmente se realiza en dos momentos procesales: Uno excepcional que se produce al momento de iniciarse el proceso con la presentación de la demanda, oportunidad en la cual el demandante tiene la carga de acompañar junto a su escrito libelar los

[631] Eduardo M. JAUCHEN. Ob. cit. pp. 429 y ss.

instrumentos fundamentales en que basa su pretensión, los instrumentos públicos –negociales o administrativos- y privados contentivos del derecho pretendido o deducido, como lo disponen los artículos 340.6 y 434 del Código de Procedimiento Civil, 456 de la Ley Orgánica para la Protección de Niñas, Niños y Adolescentes, 199 de la Ley de Tierras y Desarrollo Agrario, 33.6 de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, entre otros; y otro general u ordinario como lo será el lapso de promoción de pruebas según el régimen de procedimental en cada caso, donde las partes deben proponer todos y cada uno de los medios probatorios que deseen utilizar para demostrar los hechos enunciados, controvertidos y no eximidos de prueba que son el presupuesto de las normas que contienen las consecuencias jurídicas que les benefician, ello sin perjuicio a que en el sistema de procedimiento civil –como hemos visto- las posiciones juradas o confesión provocada también pueden proponerse en la demanda o en la contestación, la prueba instrumental pública negocial no fundamental puede producirse hasta los últimos informes y la prueba de juramento decisorio, podrá proponerse igualmente, en cualquier estado y grado de la causa, tal como se analizara en capítulos anteriores.

En el acto de proposición o promoción de medios de prueba, bien sean éstos de promoción excepcional o no, los sujetos procesales son las mismas partes proponentes o peticionantes llamados también "legitimados",[632] sean éstas originarias o principales o secundarias, ya que los terceros adhesivos o coadyuvantes o los que intervengan en el proceso por haber sido llamados al mismo, conforme a lo normado en los numerales 4° y 5° del artículo 370 del Código de Procedimiento Civil y que hayan ingresado legalmente a la contienda judicial, al formar parte de la relación procesal lógicamente tienen derecho a proponer pruebas tendientes a demostrar los hechos que consideren pertinentes a sus intereses. Igualmente los terceros que se presentan al proceso en forma voluntaria, bien sean por tener un derecho preferente, concurrente o por que son suyos los bienes afectados por una medida preventiva o ejecutiva, son sujetos de la proposición de la prueba conforme a lo previsto en los numerales 1° y 2° del citado artículo 370 del Código de Procedimiento Civil y tienen todo el derecho de promover los medios que a bien tengan, incluso el tercero que interviene en el proceso conforme a lo normado en el artículo 546 *ejusdem*, es sujeto de proposición de la prueba en la incidencia respectiva; el tercero que conforme a lo previsto en el artículo 370.6 del Código de Procedimiento Civil, intervenga en el proceso para apelar de una sentencia definitiva, en los casos permitidos en el artículo 297 *ejusdem*, es sujeto de proposición de pruebas en segunda instancia o segundo grado de jurisdicción.

---

[632] Carlos BETANCUR JARAMILLO y Alfonso GARCÍA SIERRA. Ob. cit. p. 120.

Con relación al sujeto proponente de la prueba escribe AZULA CAMACHO, que el mismo es aquel que está facultado para solicitar las pruebas, indistintamente que el sistema que rija sea el dispositivo o inquisitivo. [633]

También destacamos como bien lo señalan BETANCUR JARAMILLO y GARCÍA SIERRA, que en los procesos dispositivos atenuados, donde se le permite al judicante la ordenación de actividades probatorias oficiosas, éste se erige como sujeto proponente de la prueba.[634]

Al referirse a los sujetos de la proposición de la prueba escribe DEVIS ECHANDÍA que en un sistema rigurosamente dispositivo, sólo las partes y terceros intervinientes –que son partes una vez admitidos- pueden ser sujetos proponentes de la prueba a través de sus respectivas solicitudes; en tanto que en un sistema inquisitivo, ésta condición la tiene el juez y las partes principales y secundarias, circunstancias éstas de las cuales surge la "**legitimación de la prueba**", la determinación de aquellos sujetos que tienen derecho a presentar o solicitar pruebas en determinado proceso, que no puede confundirse con la legitimación a la causa, pues como lo señalaríamos en otro capítulo al estudiar los requisitos extrínsecos de la actividad probatoria, los únicos que pueden proponer medios de prueba para el mérito de la causa son las partes, bien sean éstas principales o accesorias, así como terceros intervinientes, sin perjuicio que en caso de incidencias surgidas como consecuencia de intervenciones de terceros que no discuten el fondo del tema controvertido principal, éstos únicamente se encuentran legitimados para proponer y producir las pruebas relacionas con la incidencia y no con el mérito de la causa.

La "legitimación para proponer las pruebas", como bien lo señala el maestro colombiano en comento, contiene tanto un derecho abstracto, consistente en pedir pruebas en el supuesto a llegar a ser parte en un proceso jurisdiccional por el ejercicio de los derechos abstractos de la acción y contradicción, derecho que es inseparable de éstos, como un derecho concreto, el cual se traduce en el derecho a probar en un proceso determinado y para fines específicos, como lo es la demostración de los hechos que se controvierten en el proceso en particular. La legitimación para proponer pruebas en un proceso concreto –derecho concreto- puede ser de carácter general o limitado, como señaláramos anteriormente, pues las partes tienen derecho a promover las pruebas en el proceso para que sean consideradas en la sentencia definitiva como demostrativas de los hechos que sirven de supuesto de las normas contentivas de las consecuencias jurídicas solicitadas por ellos –legitimación concreta general- más aquellos sujetos que intervienen incidentalmente en el proceso, únicamente tendrán derecho de proponer o peticionar pruebas

---

[633] Jaime AZULA CAMACHO. Ob. cit. p. 52 y ss.

en la incidencia respectiva –legitimación concreta limitada- careciendo de legitimación para proponer pruebas al fondo de la causa, pues su derecho se reduce a las pruebas de la incidencia.

Pero esa legitimación de las partes para peticionar o proponer medios de prueba, bien sea en general y en forma limitada, debe estar acompañada de la "**capacidad de postulación**", ya que existiendo aquella pero no ésta, la parte tendrá que realizar los actos de promoción por conducto de aquellas personas que sean abogados y que estén en el libre ejercicio –capacidad de postulación- por lo que los únicos que tienen capacidad postulación para proponer las pruebas son los letrados o profesionales del derecho que se encuentren en el libre ejercicio de la profesión y que actúen como representantes de las partes.

El Ministerio Público en aquellos procesos que intervenga de buena fe o como garante de la constitucionalidad y legalidad, como en los casos de divorcio, rectificación de partidas de estado civil, tachas instrumentales, entre otras, también se encuentra legitimado para proponer pruebas pero en forma limitada, tal como lo expresa el artículo 133 del Código de Procedimiento Civil al señalar […] *El Ministerio Público que interviene en las causas que él mismo habría podido promover, tiene iguales poderes y facultades que las partes interesadas y los ejercita en las formas y términos que la ley establece para estas últimas. En los casos de los ordinales 3º, 4º y 5º del artículo 131, el Ministerio Público sólo puede promover la prueba documental. En los casos indicados en el ordinal 2º del mismo artículo, no podrá promover ninguna prueba. Sin embargo, tanto en este caso, como en los demás del artículo 131, el Ministerio Público podrá intervenir en la evacuación de las pruebas promovidas por las partes dentro de los límites de lo alegado y probado en autos, pero no puede interponer apelación ni cualquier otro recurso contra las decisiones dictadas*."

Pero cuando el Ministerio Público se presenta como parte en el proceso, especialmente en el sistema de procedimiento penal donde tiene monopolizada la acusación en los casos de delitos de acción pública, como sujeto activo y sobre quien recae la prueba de cargo, tiene libertad plena en proponer cualquier medio probatorio –dentro de la licitud y legalidad- para demostrar los hechos afirmados en la acusación que determinan la culpabilidad y responsabilidad del acusado.

2.2. Sujetos de la contradicción de la prueba.

Hemos visto en su capítulo correspondiente que uno de los derechos humanos y fundamentales que se presentan en materia probatoria, lo es la defensa que toma una de sus formas en la contradicción de los medios probatorios, donde cada parte tiene el derecho constitucional de defenderse, a evitar que los medios de prueba promovidos por su contraparte ingresen al proceso y produzcan los efectos contrarios a sus intereses, erigiéndolo precisamente como sujeto de la contradicción. El sujeto contradictor atañe a quien le corresponde controvertir la prueba y recae en la opositora de quien la

propuso, empero, si la prueba es decretada de oficio por el juez la contradicción recae sobre todas las partes en el proceso, que y aunque generalmente los sistemas de procedimiento que regulan esta actividad oficiosa no permiten impugnar la orden judicial, el ejercicio del derecho a la defensa se materializará luego de la evacuación del medio ordenado, ya no para impedir que se realice la misma sino para refutar sus resultados, lo que generalmente se hace en los informes orales o escritos o en las conclusiones finales dependiendo del tipo procedimental.

2.3. Sujeto de la providenciación y ordenación de la prueba.

Esta actividad probatoria es exclusiva del judicante, quién en su oportunidad legal correspondiente debe providenciar las pruebas, admitiendo las que no aparezcan manifiestamente ilegales ni impertinentes, así como las que no sean ilícitas, extemporáneas, inconducentes, irrelevantes o irregularmente promovidas, tal como se explicara en el capítulo dedicado a los momentos de la prueba, de lo cual se concluye que el sujeto de la admisibilidad de los medios probatorios y quien las ordenará –su evacuación- es el juez, quien es el único que tiene potestad decisoria en el proceso judicial.

2.4. Sujetos de la práctica o materialización de la prueba.

También llamado "ejecutor" es aquel que realizará o evacuará los medios de prueba admitidos u ordenados, función que corresponde exclusivamente al juzgador, bien sea el mismo de la causa u otro comisionado en los casos que cabe la comisión, como lo permite el artículo 234 del Código de Procedimiento Civil. Con relación al sujeto ejecutor BETANCUR JARAMILLO y GARCÍA SIERRA exponen, que ostenta esa calidad el juez de la causa, ya que sólo él puede cumplir el cometido de diligenciar la prueba por estar facultado legalmente para ello, pudiendo disponer o servirse de auxiliares, colaboradores u órganos, quienes asumen los diferentes papeles según sea el medio probatorio que se trate.

Pero en este punto debemos destacar que en la materialización o evacuación de los medios probatorios, constitucionalmente debe garantizárseles a las partes la intervención en dichos actos para contradecir o controlar cada medio, lo que no es otra cosa que la materialización del derecho a la bilateralidad especialmente en el sistema de procedimiento oral, donde y salvo la anticipación de medios probatorios, la única actividad probatoria que puede servir para la formación de la prueba, es aquella realizada en la audiencia oral y pública, con inmediación, concentración, publicidad y gratuidad, sin lo cual no podrá considerarse como material capaz de conducir a la convicción judicial traducida en certeza

no eximida de falencia, de manera que aquí también encontramos los "**sujetos de la contradicción o control de la prueba**".

2.5. Sujeto destinatario de la prueba.

Es el sujeto a quien va dirigida la actividad probatoria, que y como ya hemos adelantado es de competencia exclusiva y excluyente en el marco del proceso judicial, del juez que está conociendo de la causa y que debe dictar sentencia de fondo.

2.6. Sujeto de la valoración de la prueba.

Igualmente el sujeto que asumirá, interpretará, apreciará y finalmente valorará la actividad probatoria –fuentes llevada por los medios- será el judicante, como destinatario de la precitada actividad probatoria para la verificación de los hechos por comparación, que permitan la convicción judicial traducida en certeza sobre los hechos enunciados, debatidos en el proceso y que son presupuestos de las normas aplicables al caso.

CAPITULO XII

TRASLADO DE LA ACTIVIDAD PROBATORIA

……………………………………………………………………………………………………

SUMARIO: *1. La prueba judicial trasladada. Concepto. 2. Prueba trasladada en procesos judiciales donde intervienen las mismas partes. 3. Prueba trasladada en procesos judiciales donde intervienen partes diferentes. 4. Pruebas producidas en el proceso judicial donde ha operado la perención de la instancia. 5. Pruebas practicadas en procesos penales. 6. pruebas practicadas en procesos judiciales donde ha operado la nulidad.*

1. LA PRUEBA TRASLADADA. Concepto.

¿Puede la prueba formada en un proceso servir para la convicción en otro? La interrogante que nos hacemos es el punto de partida para abordar en este capítulo el tema de la "prueba trasladada" que necesariamente debe comenzar con la aclaratoria que no se trata como tal de un traslado de la "prueba" entendida como resultado de la actividad probatoria que genera la convicción judicial traducida en certeza del juzgador, sobre los hechos enunciados y debatidos que son presupuestos de las normas jurídicas aplicables al caso, pues como tal no puede considerarse que un criterio subjetivo del juzgador pueda trasladarse para influenciar a otro y en otro proceso judicial, especialmente cuando no se trata de la actividad recursiva; por el contrario se trata de trasladar la actividad probatoria realizada en un proceso para que pueda surtir efectos en otro y servir eventualmente para la convicción judicial de esa judicante del proceso a donde se traslada dicha actividad, de ahí que hemos preferido asumir la denominación "**traslado de la actividad probatoria**" especialmente para no incurrir en el confusionismo de considerar que lo trasladable es la convicción judicial, la que como tal es libre de cada judicante y no contaminante,

salvo el citado carácter recursivo que es otro tema y sin perjuicio que indistintamente nos referiremos a "traslado de pruebas" o "prueba trasladada" siempre en el sentido –insistimos- de "traslado de actividad probatoria" o "actividad probatoria trasladada".

El problema de la actividad probatoria trasladada fundamentalmente se centra en la existencia de dos o más procesos, uno de los cuales se ha realizado una actividad probatoria que quiere hacerse valer en otro proceso, que puede ser bien entre las mismas partes, bien donde sea una de las partes aquella que también lo fuera en el proceso donde se produjo la actividad probatoria que quiere trasladar, bien entre partes ajenas o diferentes de aquel proceso donde se realizó la precitada actividad probatoria; pero también el problema se presenta respecto a aquellos procesos donde ha operado la perención de la instancia como consecuencia de la inactividad procesal de las partes o donde se haya declarado la nulidad del mismo, de manera de determinar si la actividad probatoria realizada en éstos puede surtir efectos en otro proceso.

Sin perjuicio de lo dicho por "traslado de la prueba" o "prueba trasladada" debe entenderse –como expresa DEVIS ECHANDÍA- aquella que se practica o admite –más aún se materializa- en otro proceso y que es presentada en copia auténtica o mediante su desglose –en original- en otro proceso, bien sea entre las mismas partes o entre partes diferentes.[635]

Veamos cada uno de los casos expresados.

2. PRUEBA TRASLADADA EN PROCESOS JUDICIALES DONDE INTERVIENEN LAS MISMAS PARTES.

Nos dice nuestro antecesor el maestro Humberto BELLO LOZANO,[636] que desde tiempos anteriores se mantuvo la idea que las pruebas materializadas en un proceso, no podían ser utilizadas o trasladadas a otro para que produjere efectos probatorios en función del principio de independencia de los procesos, más en tiempos modernos si la prueba practicada en un proceso es propuesta cumpliendo los requisitos legales, admitida formal y legalmente y evacuada o materializada con intervención de las partes, respetándose de esta manera el derecho constitucional de acceso al sistema probatorio mediante el tratamiento con bilateralidad y contradictorio de la actividad probatoria, la misma resulta perfectamente trasladable a otro proceso donde intervengan las mismas partes, ello en función del principio de comunidad de la prueba o adquisición procesal y a los comentados principios de contradicción y control de la prueba, conforme a los cuales si la misma una vez materializada ha producido sus efectos procesales

[635] Hernando DEVIS ECHANDÍA. Ob. cit. T. I. p. 367.
[636] Humberto BELLO LOZANO. Ob. cit. T. I. p. 85.

mediante la demostración de hechos controvertidos, es perfectamente viable su traslado a ese otro proceso entre las partes cuando demuestre o sirva para demostrar hechos controvertidos que han sido enunciados en este nuevo proceso como fundamento de las diferentes pretensiones al servir de presupuesto de las normas que contienen las consecuencias jurídicas que han solicita y favorecen, ello mediante la aportación de las copias certificadas del acto probatorio que permita determinar y apreciar que la prueba fue debidamente controvertida, incluso mediante su aportación en original luego de haber sido desglosada en el proceso donde primigeniamente se materializó y siempre en la medida que su desglose sea posible, pues de lo contrario procederá la aportación en copia certificada o auténtica.

RICCI al referirse al traslado de la prueba a otro proceso donde intervengan las mismas partes, señala que […] *la prueba practicada en un juicio civil conservará su eficacia en otro proceso que posteriormente se suscite entre las mismas partes. Esta prueba, en efecto, como hace notar el Tribunal de Casación de Florencia, no puede conceptuarse como re inter alios acta, desde el momento en que fue producida con intervención de las partes mismas; por lo que, si se reproduce en un juicio ulterior, es un documento legalmente presentado en el proceso y atendible*." Indica que si se trata de una prueba testimonial o confesional que ha demostrado la existencia de determinados hechos, si los mismos – hechos- vuelven a controvertirse en otro proceso entre las mismas partes contendientes, pueden invocarse en el mismo las resultas de las pruebas materializadas en el proceso precedente, sin necesidad de tenerse que repetir el interrogatorio o la confesión, ya que el valor de las pruebas practicadas en el proceso anterior, estará determinado por la intervención de las partes y por la previa observancia de las formalidades establecidas por la ley a modo de garantía de la verdad y de la justicia.[637]

Si en la prueba –actividad probatoria especialmente la fuente producida por el medio- que ha de trasladarse al nuevo proceso han intervenido las mismas partes, han tenido oportunidad de contradecir y controlar la actividad probatoria que garantiza el derecho constitucional a la defensa, en base al principio de la comunidad o adquisición procesal conforme al cual los medios –probatorios- y las fuentes luego de materializados no pertenecen a las partes, sino que cumplen la función pública de acreditación o demostración de los hechos controvertidos que sirven para la certeza judicial, en función del principio de economía procesal que en materia probatoria tiene por objeto -entre otros motivos- evitar la pérdida y desgaste inútil del tiempo y gastos o costos, la prueba que se traslade tendrá podrá producir plenos efectos y servir para el acreditamiento de los hechos en este nuevo proceso, siempre que concurran las siguientes características:

a. Que la prueba –actividad probatoria- practicada en el proceso primario y que pretenda trasladarse al nuevo proceso, se haya realizado con intervinieron las mismas partes tanto en el primero como en el segundo.

[637] Francisco RICCI. Ob. cit. T. I. pp. 47 y 48.

b. Que en el proceso primario se haya propuesto la prueba en forma legal, cumpliendo con los requisitos de admisibilidad exigidos por la ley a saber: legalidad, pertinencia, relevancia, idoneidad o conducencia, tempestividad, licitud y regularidad en su proposición. Debe tratarse de una actividad probatoria inmaculada.
c. Que propuesta como haya sido la prueba en el proceso primario, la parte no promovente del medio hubiese tenido la oportunidad procesal para contradecir la misma, mediante el ejercicio de la oposición, haya habido ésta o no, pues lo importante es que la parte haya tenido legalmente la oportunidad parta ejercer ese derecho, no que efectivamente lo haya ejercido, dado que su ejercicio es una facultad que se encuentra en el mundo de cargas procesales y no de los deberes procesales.
d. Que luego de haber sido admitido el medio probatorio en el proceso primario, las partes hayan tenido la oportunidad de controlar la prueba, hayan hecho uso de ese derecho o no, pues lo necesario es que se les brinde ese derecho, especialmente, que en tratándose de un sistema de procedimiento oral, la actividad probatoria se haya llevada a cabo con bilateralidad y contradictorio en una audiencia oral y pública, sin perjuicio de la anticipación de medios donde igualmente se hace necesario la presencias del contendor judicial, salvo la criticada ficción legal de asistencia del defensor a que se refiere el artículo 289 del Código Orgánico Procesal Penal.
e. Que la prueba o pruebas ingresen al nuevo proceso –trasladen- mediante copias certificadas o autenticas que cumplan con los requisitos legales señalados en la ley, que contengan no solo el resultado de la actividad probatoria contentiva de los hechos que pretenden demostrarse en el nuevo proceso, sino también de todos aquellos actos procesales anteriores o posteriores que permitan al judicante del proceso donde se trasladan las pruebas, apreciar si efectivamente se respetó el derecho constitucional de la defensa a través de la contradicción y el control de la prueba, si se respectó el ejercicio de esos derechos, pues de lo contrario las pruebas carecerían de toda eficacia probatoria en este nuevo proceso; en caso que el traslado se realice mediante el desglose del original, igualmente debería aportarse la prueba acreditativa que el medio trasladado fue debidamente controvertido, lo que podría hacerse mediante el traslado de las copias certificadas de las actas procesales donde se verifiquen éstas circunstancias.
f. Que la prueba o pruebas trasladadas hayan sido aportadas en el nuevo proceso en su oportunidad legal correspondiente, bien en el libelo de la demanda si las mismas contienen la demostración de los hechos fundamentales, pues esta sería la única manera de garantizar el derecho constitucional de la defensa del demandado, o bien en la etapa probatoria –proposición o promoción de pruebas- si no son de carácter fundamental. En este punto interesa destacar que

la aportación de la prueba trasladada como fundamental debe referirse a la instrumental, pues siendo de otra especie como la testimonial, confesorio, experticia o cualquier otra, por el hecho de estar vertida en un instrumento público como lo es el acta del expediente primigenio donde consta, no lo hace mutar a instrumental, no se refiere a prueba instrumental y consecuencialmente mal podría aportarse como fundamento de la pretensión debiéndose promover en el lapso probatorio.

g. Que la prueba o pruebas practicadas en el proceso original sean inmaculadas, alejadas de todo vicio o incumplimiento de requisitos intrínsecos o extrínsecos que la anulen o hagan ineficaz.

PARRA QUIJANO al referirse al artículo 239 del Código de Procedimiento Penal colombiano que señala […] *Prueba trasladada. Las pruebas practicadas válidamente en una actuación judicial o administrativa dentro o fuera del país, podrán trasladarse a otra en copia auténtica y serán apreciados e acuerdo con las reglas previstas en este código*.", indica que para el traslado de las pruebas se requiere:

a. Que las pruebas no hayan sido -en el proceso de donde se trasladan- desconocidas o anuladas por ilegales o ilícitas, esto es, que las pruebas hayan sido válidamente practicadas.
b. Que en su aducción y contradicción se hayan respetado las ritualidades y formalidades previstas en la Ley.

En el traslado de la prueba debe existir la demostración que en la misma se tuvo la oportunidad de contradecirla y controlarla, que no hubo lesión del derecho constitucional de la defensa, ni que fue objeto de nulidad procesal por tal motivo, así como el hecho que no resultó ineficaz como consecuencia de existencia de requisitos intrínsecos o extrínsecos del medio, debiéndose incorporar en todo caso copias de las actas procesales que determinen estas circunstancias, debiendo quien realiza el traslado de la prueba únicamente incorporar al proceso la prueba de la existencia de la contradicción y el control de la prueba, lo que genera una presunción desvirtuable de validez y eficacia del medio, correspondiendo a la parte contraria a quién realiza dicho traslado, a través de copias certificadas, de prueba de informes o de inspección judicial, aportar las pruebas que demuestren que la actividad probatoria trasladada fue objeto de nulidad o declaratoria de ineficacia por ausencia de los requisitos antes señalados.

Por criterio en contrario si la parte que pretende trasladar la prueba no aportare a su vez, la prueba que logre demostrar que la misma fue objeto de contradicción y control, que la parte contraria estuvo presente, el traslado no podrá producir efectos y el operador de justicia deberá desechar el medio trasladado, a menos que se trate del propio demandante para quien existirá la presunción de tales actividades –contradicción y control- pues es él quien ha instaurado el proceso, salvo por supuesto prueba en contrario. En éstos términos nos dice DEVIS ECHANDÍA, que si en las copias de las pruebas

practicadas en otro proceso aducidas en el nuevo por una de las partes, no aparece la prueba de su nulidad o ineficacia por carencia de formalidades, corresponderá a la otra parte pedir las complementarias para acreditar esa circunstancia, pues el judicante debe reconocerle validez si esto no se demuestra como consecuencia de ser la nulidad una anormalidad donde opera una especie de presunción de que fueron practicadas con las formalidades legales y en un proceso válido.

Por tal razón –expresa DEVIS ECHANDÍA- resulta conveniente más no indispensable, aportar al nuevo proceso donde se trasladan las pruebas, las copias de las providencias a través de las cuales se ordenó y su notificación, siendo en contrario y consecuencialmente obligatorio o indispensable, la pruebas que acrediten que las pruebas ha trasladarse en el nuevo proceso, fueron materializadas con audiencia de la parte contraria a quien se oponen, debiéndose de esta manera aportar copia de la demanda, del auto de admisión y de la notificación –citación o intimación según la clase de procedimiento que se trate- a lo cual agregaríamos del escrito de proposición de pruebas, del auto providenciación de pruebas y del acta de materialización o evacuación de las mismas.[638]

La jurisprudencia nacional -expresa el maestro Humberto BELLO LOZANO- ha sido pacífica al respecto de mantener la validez de las pruebas en procesos sostenidos entre las mismas partes, a cuyo efecto citando una decisión de instancia señala que aunque la jurisprudencia se ha mantenido muy dividida en lo relativo al punto de la valoración de los elementos probatorios producidos en otro proceso mediante el alegato, por una parte, de que las pruebas de un proceso civil no tienen valor en otro; por otra parte, se les reconoce pleno valor como para sustentar el fallo del segundo proceso; y una buena solución sería una intermedia, siendo la que se ha venido acogiendo con acierto que esas pruebas pueden ser debidamente apreciadas, si en el proceso anterior las partes contra quién se producen han tenido posibilidad de hacer valer contra ellas los medios legales a su alcance, teniendo su vigencia el principio de contradicción, o mejor dicho, que en la evacuación se hubiesen cumplido todas las garantías procesales, convirtiéndolas en eficaces para acreditar todos aquellos hechos motivo de debate en el anterior juicio y vuelto a repetir en el nuevo proceso.

Por su parte Casación –sigue diciendo el precitado maestro- ha señalado que la prueba producida en otro proceso entre las mismas partes es admisible por la razón justificadora de la Ley, y el carácter de verdad de las pruebas entre las partes que la han controvertido, deviniendo de las formalidades cumplidas procesalmente, y si las mismas se han observado debidamente es correcta su apreciación en proceso distinto, de manera que las pruebas producidas y evacuadas en otro proceso serán válidas en aquel donde se aporten por vía de traslado, en la medida que el interesado haya tenido oportunidad de haber hecho

[638] Hernando DEVIS ECHANDÍA. Ob. cit. T. I. pp. 367 y ss. También puede consultarse a BELLO LOZANO. Ob. cit. T. I. pp. 86 y ss.

valer contra ella los medios de verificación e impugnación permitidos por la Ley y usados en aquel proceso donde ellas se aportaron, siendo necesario para su validez la concurrencia de los principios de contradicción y control como garantía del derecho constitucional de la defensa, no importando –en el proceso anterior donde se produjo la prueba a trasladarse- la oportunidad procesal de aportación, contradicción, control y materialización, pues es perfectamente viable que la prueba a trasladarse haya sido debatida en una incidencia del proceso anterior.[639]

Como podemos apreciar de tratarse de una prueba materializada en una incidencia del proceso anterior al cual pretende trasladarse la prueba, no solo se requiere de la debida contradicción del medio, sino que la misma haya sido apreciada en la decisión de la incidencia, pues de esa manera podrá determinarse no solo la eficacia y cumplimiento de requisitos intrínsecos y extrínsecos –inmaculación de la prueba- sino su carácter de cosa juzgada, todo lo cual tiene su basamento legal en el artículo 270 del Código de Procedimiento Civil, que por vía de inferencia permite y otorga validez y eficacia a la prueba producida y materializada en un proceso y trasladado a otro entre las mismas partes, expresando la precitada norma […] *La perención no impide que se vuelva a proponer la demanda, ni extingue los efectos de las decisiones dictadas, ni las pruebas que, resulten de los autos; solamente extingue el proceso. Cuando el juicio en que se verifique la perención se halle en apelación, la sentencia apelada quedará con fuerza de cosa juzgada, salvo que se trate de sentencias sujetas a consulta legal, en los cuales no habrá lugar a perención*." La norma transcrita y que será analizada más adelante, sirve como fundamento legal para sostener que la prueba válida y eficazmente materializada en un proceso con contradicción de las partes, puede ser incorporada y apreciada -trasladada- en otro proceso donde intervengan las mismas partes.

3. PRUEBA TRASLADADA EN PROCESOS JUDICIALES DONDE INTERVIENEN PARTES DIFERENTES.

A diferencia del caso anterior, aquí encontramos que la prueba que pretende trasladarse se ha producido en un proceso donde las partes del proceso originario –anterior- donde se produjo la actividad probatoria que pretenden trasladarse, son diferentes a las que constituyen la relación procesal del proceso donde se pretende aportar la prueba trasladada, donde obviamente no puede hablarse de un valor y eficacia probatoria como si estuviéramos en presencia de un proceso entre las mismas partes, toda vez que hay ausencia del previo requisito de contradictorio del medio probatorio, donde no se ha garantizado el derecho constitucional de la defensa traducido en contradicción y control, a propósito del hecho que no

[639] Humberto BELLO LOZANO. Ob. cit. T. I. p. 87.

podrá tomarse en consideración el principio de adquisición procesal o comunidad de las pruebas al tratarse –como dijimos- de procesos con partes diferentes.

En estos casos las pruebas que se trasladen no podrán producir efectos contra quienes no fueron parte en el proceso anterior, ello en virtud de la ausencia de bilateralidad, que requiere ser sometida –en el nuevo proceso- al cumplimiento del previo requisito de la "*ratificación*", salvo casos excepcionales que se señalarán a continuación. La "ratificación" como indica PARRA QUIJANO proviene del latín *ratus*, confirmado; y *facere*, hacer, significando la acción o conformación de actos, palabras o escritos dándolos por valederos y ciertos, lo que trasladado al tema probatorio tiene por objeto garantizar al sujeto que no fue parte en el proceso donde se produjo la prueba –anterior- el derecho constitucional de la defensa, mediante la posibilidad de contradicción y el control del medio probatorio, para que de ésta manera pueda materializarse el principio de adquisición procesal o comunidad de la prueba.

DEVIS ECHANDÍA al tratar el tema nos dice que debe distinguirse si la parte contra quien se opone la prueba trasladada de otro proceso anterior, fue o no parte del mismo, ya que en el segundo supuesto –de no haber sido parte en el mismo- deberá producirse la "ratificación" del medio probatorio, de manera que de haber sido parte bastará el traslado de la prueba sin que sea necesario la precitada "ratificación", al haberse garantizado la oportunidad de la contradicción y el control de la prueba por parte de quien fuera parte en ese proceso anterior, aún cuando en el nuevo proceso se trate de partes diferentes; en la medida que quien haya sido parte en el proceso anterior, haya a su vez podido contradecir y controlar la prueba que pretende trasladarse en el nuevo proceso donde intervienen sujetos diferentes, pero del cual es parte aquel sujeto que tuvo ocasión de contradecir la prueba en el proceso anterior y contra quien se opone el nuevo proceso, es que no será necesaria la "ratificación" respectiva, de lo contrario si el sujeto no fue parte en el proceso anterior, lo cual lógicamente trae como consecuencia que no haya podido garantizarse la contradicción del medio probatorio, deberá producirse la "ratificación" en el proceso, para así garantizar el derecho constitucional en materia probatoria, pues la prueba no podrá producir efectos contra quien no fue parte en el proceso donde se materializó, por así prohibirlo –se repite- el principio de contradicción.[640]

Por su parte PARRA QUIJANO al referirse al artículo 185 del Código de Procedimiento Civil colombiano, que expresa […] *Las pruebas practicadas válidamente en un proceso podrán trasladarse a otro en copia auténtica, y serán apreciadas sin más formalidades, siempre que en el proceso primitivo se hubieren practicado a petición de la parte contra quien se aducen o con audiencia de ella.",* nos dice que hay que tener en cuenta los siguientes aspectos:

a. Si la prueba es trasladada en un proceso donde coinciden las partes.

---

[640] Hernando DEVIS ECHANDÍA. Ob. cit. T. I. pp. 368 y ss.

b. Si las partes no coinciden, habrá que distinguir si coinciden parcialmente o si no coinciden en forma alguna.[641]

De lo dicho inferimos que si en el proceso anterior donde se materializó la prueba que pretende trasladarse, no hubo la intervención y la oportunidad para que el sujeto a quien se le opone la prueba en el nuevo proceso la contradijera y controlara, la misma deberá ser "ratificada" en éste nuevo proceso para que pueda ser eficaz y apreciable, ya que de ésta manera se garantizará el derecho constitucional de la defensa de aquel que no ha tenido conocimiento de la prueba y oportunidad para defenderse de ella, por lo que si la prueba que pretende trasladarse es una **prueba por testimonio**, deberá "ratificarse" en el nuevo proceso –sin menoscabo que se promueva nuevamente la prueba testifical – bastando que el proponente de la misma la promueva en forma legal, para que providenciada por el tribunal se proceda a su materialización, en cuya oportunidad únicamente y previa la "ratificación" del contenido por parte del testigo -a petición del proponente o del judicante- de lo declarado en el proceso anterior, el no proponente y contra quien se opone la prueba, quien a su vez no participó en el proceso anterior donde se realizó la prueba que se traslada, formule las repreguntas que a bien tenga para enervar o invalidar el dicho del deponente, materializándose de ésta manera el derecho constitucional de la defensa a través del control o tratamiento bilateral del respectivo del medio propuesto y trasladado.

Destacamos que si es el no interviniente en el proceso anterior, quien pretende trasladar la prueba al nuevo proceso para hacerla valer contra quien sí intervino en el proceso anterior, no se requerirá de "ratificación", pues el no proponente tuvo oportunidad procesal para contradecir y controlar la prueba en el proceso anterior, a cuyo efecto se requerirá que al trasladarse la prueba se demuestre que efectivamente el interviniente en el proceso anterior tuvo oportunidad para contradecir y controlar la prueba.

Si por su parte se trata de una **prueba de experticia,** donde como se viene señalando el sujeto contra quien se opondrá la prueba trasladada no intervino en el proceso anterior, en el nuevo deberá producirse la "ratificación" del dictamen pericial por parte de los expertos que lo presentaron o rindieron, debiendo el promovente proponer la declaración de los expertos a los fines que ratifiquen el contenido del dictamen, quedando a salvo el derecho del no interviniente en la prueba del proceso anterior de recusar a los expertos y solicitarles aclaratoria y/o ampliaciones, pues recuérdese que al no haber intervenido en el juicio anterior, lógicamente no pudo designar su experto y pedir aclaratorias y/o ampliaciones del dictamen, ello a propósito de tener el derecho de proponer una nueva experticia que desvirtúe la del proceso anterior, en caso que quiera hacer valer su derecho de designar su experto como lo permite el artículo 454 del Código de Procedimiento Civil, o para hacer las observaciones a que se

[641] Jairo PARRA QUIJANO. Ob. cit. p. 191.

refiere el artículo 464 *ejusdem*. Teniendo en consideración que como las partes en materia de experticia tienen el derecho a designar su experto, a manifestarle y hacerle a los mismos observaciones escritos o verbales, así como a solicitar aclaratorias y ampliaciones del dictamen pericial, si se pretende trasladar a un nuevo proceso la experticia practicada en uno anterior, donde no intervino una de las partes, para garantizarle el derecho constitucional de la defensa, el derecho de contradecir y controlar la prueba, deberá "ratificarse" la misma mediante la comparecencia al efecto de los expertos, para que ratifiquen el contenido del dictamen pericial, momento en el cual el no proponente contra quien quiera hacerse valer la prueba y que no intervino en el proceso anterior, tendrá el derecho, no solo de recusar a los expertos, caso en el cual debería designarse nuevos expertos para que emitan su opinión sobre el asunto, sino también de hacer las observaciones y pedir las aclaratorias y ampliaciones que a bien tenga, ello no obstante a tener el derecho que se efectué una nueva experticia para así dar cumplimiento al derecho que le consagran los artículos 454, 463, 464 y 468 del Código de Procedimiento Civil, entre los cuales se encuentran el de designar su experto, de manera que el traslado de la prueba en gran parte dependerá de la conducta que asuma la parte que no intervino en el proceso anterior y contra quien se opone la prueba.

En todo caso si el no proponente de la prueba trasladada recusare a los tres expertos, lo cual es viable, dado que no podría aplicarse el contenido del artículo 471 del Código de Procedimiento Civil, toda vez que el no proponente no intervino en el proceso anterior, y lógicamente no pudo comparecer a designar su experto, prácticamente estaríamos en presencia de una nueva experticia, donde no solo el no proponente tendría derecho a designar un nuevo experto, de proceder la recusación, tal como lo permite el artículo 90 *ejusdem*, así como de hacerle observaciones escritas o verbales y solicitudes de aclaratorias y ampliaciones, sino que éste derecho también lo tendría el proponente de la prueba trasladada, quien a su vez podría recusar los nuevos expertos, salvo el caso del citado artículo 471.

En esta materia tratada de la experticia resulta interesante el criterio de DEVIS ECHANDÍA, para quien la ratificación de dictámenes de peritos cree necesario que la ley procesal otorgue al juez y no a las partes la facultad de designar a los expertos, para que de ésta manera el oponente en el nuevo proceso no pudiera alegar que se le desconoció su derecho a participar en su nombramiento, otorgándosele además, la oportunidad para solicitar aclaraciones y objetarla, pues de otro modo no se cumpliría con el requisito esencial de su contradicción. Al respecto y separándonos del criterio del maestro colombiano, consideramos el mismo inconveniente, dado que prácticamente se estaría eliminando el derecho a trasladar la prueba de experticia cuando fueran las partes quienes designaran los expertos, como ocurren en nuestra legislación, siendo más pertinente el criterio antes sustentado en el sentido de permitir la "ratificación" de la prueba mediante la comparecencia de los expertos al nuevo proceso, donde la parte

no interviniente pueda recusarlos, hacerles observaciones y pedirles aclaratorias y ampliaciones del dictamen pericial.

Como se señalara anteriormente al referirnos a la prueba testimonial, si quien pretende trasladar la prueba es el no interviniente en el proceso anterior, no se requerirá de ratificación pues el intervinente en ese proceso –anterior- tuvo ocasión de contradecir y controlar la prueba, circunstancias éstas que deberán acreditarse en el nuevo proceso.

En relación a la prueba de **inspección judicial**, si quien la pretende trasladar es el no interviniente en el proceso anterior no se requerirá de "ratificación", dado que pudo existir derecho de controlar la prueba –contradicción y control de la prueba- pero si quien pretende trasladarla es el sujeto interviniente en el proceso anterior, para hacerla valer contra quien no intervino en el mismo, dada la naturaleza de la prueba, la misma no podrá ser ratificada, sino que por el contrario deberá realizarse de nuevo, salvo que fuera imposible realizarse por haber desaparecido las circunstancia inspeccionadas, caso en el cual la parte no interviniente tendrá derecho a impugnar la misma –hacer la prueba en contrario- quedando a todo evento la apreciación de la prueba sujeta al análisis razonado del operador de justicia –sana crítica- de otra manera, sin la aquiescencia de la parte que no tuvo ingerencia en ella, no podrá ser admisible.

En lo que se refiere a la prueba de **confesión** para su traslado al nuevo proceso, la misma no requiere de "ratificación" en ningún caso, pues ésta lógicamente debe provenir de la parte contra quien se aduce, por lo que basta consignar el acta donde se vierte la declaración confesoria, pero si la confesión judicial realizada en un proceso anterior que pretende trasladarse a uno nuevo, proviene no de una de las partes del proceso anterior, sino de un tercero que fue llamado como testigo al mismo y que en el nuevo proceso tampoco es parte, en el nuevo proceso solo tendrá el valor de testimonio y deberá ratificarse como se señalara anteriormente, o como lo expresa PARRA QUIJANO, existiría un caso de ratificación de testimonio, cuando una parte confiesa y esa confesión se traslada a otro proceso en que no es parte, transformándose en ese evento en testigo, cuya declaración deberá ratificarse.[642]

Por el contrario, si la confesión judicial es realiza por un tercero llamado en el proceso anterior, como sería un testigo que ahora es parte en el proceso nuevo, será perfectamente viable el traslado de la prueba, sin necesidad de ratificación y tendrá el valor de confesión judicial.

Sobre éste aspecto, DEVIS ECHANDÍA expresa, que el testimonio rendido ante otro juez civil competente o no para conocer de la causa que se ventila en el nuevo proceso, tiene el valor de confesión judicial, si el testigo en aquel proceso es parte en éste y el hecho es desfavorable al mismo declarante, o

[642] Jairo PARRA QUIJANO. Ob. cit. pp. 193 y ss.

favorable a la parte contraria; el mismo valor tendrá si el testimonio se rinde en un proceso penal o laboral, sin que sea necesaria la ratificación, bastando al trasladar la prueba, aportar la certificación del acta contentiva de la declaración.[643]

En cuanto a la **prueba instrumental**, si se refiere a instrumentos públicos o a instrumentos privados no reconocidos, no requieren de ratificación en el nuevo proceso si provienen del oponente que no fue parte en el otro proceso, a pesar que allí no han sido objetadas ni tachadas de falsas o que hayan sido declaradas auténticas en razón de dictámenes de peritos o pruebas de otro orden, porque dichas pruebas no vinculan a quien no pudo contradecirlas, ni opera el reconocimiento tácito cuando la parte obligada con el instrumento no está presente en el proceso. Por el contrario y como dice el maestro colombiano Hernando DEVIS ECHANDÍA- si el obligado con el instrumento es un tercero y fue parte en el otro proceso y no lo objetó o lo reconoció, adquiere autenticidad *erga omnes*, y por lo tanto debe ser aceptado en el nuevo proceso sin necesidad de ratificación, porque el reconocimiento es un acto procesal del obligado; pero si en el primer proceso se declaró auténtico en virtud de otras pruebas, a pesar de haber sido objetado o tachado de falso, como la decisión solo obliga a quienes fueron partes en él o a sus causahabientes, en el nuevo proceso contra un tercero debe considerarse como no auténtico mientras no se demuestre lo contrario, lo cual puede establecerse ratificando las pruebas practicadas en el anterior o por otras.[644]

PARRA QUIJANO sobre el traslado de la prueba instrumental escribe que si los mismos obran en un proceso y se exhibieron o hicieron valer contra el obligado, sin reclamo o cuando se tacharon y se declaró que eran auténticos, si se hacen valer contra esa persona en el nuevo proceso, ya no puede existir el reclamo o tacha de falsedad, por el contrario si se tuvo como auténtico o se apreció un instrumento que proviene de una persona que no fue parte en el proceso, si se hace valer con posterioridad frente a esa persona ella podrá tacharlo de falso.[645]

Concluyendo respecto a la prueba instrumental tenemos, que siendo ésta pública o privada reconocida o no, la cual no haya sido impugnada, tachada o desconocida en el proceso anterior, puede ser trasladada al nuevo proceso sin necesidad de ratificarla, siempre que se trate de las mismas partes; si la prueba instrumental auténtica o privada reconocida en un proceso anterior, es trasladada a uno nuevo, en el cual el proponente no fue parte en el proceso anterior, donde sí lo fue el sujeto contra quien se opone la instrumental, quien tuvo la oportunidad de contradecirla, la misma será totalmente válida y eficaz, sin necesidad de ratificación, siempre en la medida que no haya sido impugnada, tachada o

---

[643] Hernando DEVIS ECHANDÍA. Ob. cit. T. I. pp. 368 y ss.
[644] Hernando DEVIS ECHANDÍA. Ob. cit. T. I. pp. 368 y ss,
[645] Jairo PARRA QUIJANO. Ob. cit. pp. 194 y ss.

desconocida, lo cual se traduce en que las mismas sean ciertas y en el caso de la instrumental privada, reconocida tácitamente como consecuencia de la ausencia del desconocimiento expreso a que se refiere el artículo 1.363 del Código Civil, en concordancia con lo normado en el artículo 444 del Código de Procedimiento Civil. En el supuesto contrario al anterior, si el proponente de la prueba fue parte del proceso anterior donde se produjo la prueba, pero el sujeto contra quien pretende oponer la misma en el nuevo proceso no fue parte en el mismo, la prueba instrumental del anterior proceso no lo afectará en forma alguna al no haber tenido oportunidad de contradecirla, por lo que en todo caso deberá oponérsele en el nuevo proceso para que surta sus efectos.

En relación a la **prueba indiciaria** como anota la doctrina que hemos citado, no es posible su ratificación, pero sí la prueba testimonial que le sirve de sustento acreditando el hecho base o indicante quiere utilizarse como prueba en el nuevo proceso, deberá producirse su ratificación.

4. PRUEBA PRODUCIDA EN PROCESOS JUDICIALES DONDE HA OPERADO LA PERENCIÓN DE LA INSTANCIA.

La perención de la instancia se presenta como una de las formas anormales o atípicas de terminación del proceso, que se produce como consecuencia de la inactividad de las partes por el tiempo señalado en la Ley, generando la extinción del proceso, lo que en nuestra legislación civil se ubica en el artículo 267 del Código de Procedimiento Civil, que señala […] *Toda instancia se extingue por el transcurso de un año sin haberse ejecutado ningún acto de procedimiento por las partes. La inactividad del juez después de vista la causa, no producirá la perención. También se extingue la instancia: 1º. Cuando transcurridos treinta días a contar desde la fecha de admisión de la demanda, el demandante no hubiese cumplido con las obligaciones que le impone la ley para que sea practicada la citación del demandado. 2º. Cuando transcurridos treinta días a contar desde la fecha de la reforma de la demanda, hecha antes de la citación, el demandante no hubiese cumplido con las obligaciones que le impone la ley para que sea practicada la citación del demandado. 3º. Cuando dentro del término de seis meses contados desde la suspensión del proceso por la muerte de alguno de los litigantes o por haber perdido el carácter con que obraba, los interesados no hubieren gestionado la continuación de la causa, ni dado cumplimiento a las obligaciones que la ley les impone para proseguirla.*"

En relación a las pruebas propuestas y materializadas legalmente en un proceso donde ha operado la perención de la instancia por inactividad de las partes, las mismas serán perfectamente válidas en el nuevo proceso que se instaure, incluso podrán ser trasladadas a otro proceso distinto, todo conforme a lo previsto en el artículo 270 del Código de Procesal Civil que expresa […] *La perención no impide que se vuelva a proponer la demanda, ni extingue los efectos de las decisiones dictadas, ni las pruebas que, resulten de los autos; solamente extingue el proceso. Cuando el juicio en que se verifique la perención se halle en apelación, la sentencia apelada*

quedará con fuerza de cosa juzgada, salvo que se trate de sentencias sujetas a consulta legal, en los cuales no habrá lugar a perención."

La perención de la instancia no hace extinguir el derecho pretendido –lo que se conoce erradamente como la acción- sino el "procedimiento" haciendo nulo todos sus actos procesales, salvo las decisiones dictadas y las pruebas evacuadas, éstas últimas las cuales podrán ser motivo de traslado a otros procesos entre las mismas partes o entre otras partes, siguiendo las reglas antes señaladas a las cuales remitimos al lector.

En este sentido expresa el maestro Humberto BELLO LOZANO, que la facultad de traslado de la prueba reposa en el principio de que la prueba evacuada, ya no pertenece a quien hiciere su aportación al proceso y sólo en su beneficio, pues evacuada la misma se habrá integrado al proceso, siendo común a los litigantes y debiendo ser tomada en cuenta para la determinación del proceso adonde se remite, ya resulte provechosa a su promovente o a la parte contraria quien también puede legítimamente invocarla.[646] Esta tesis –expresa el precitado maestro- tiene su arraigo en el principio de la comunidad de la prueba, estando su justificación jurídica en que como ellas constituyen medios de que se vale el operador de justicia para alcanzar el fin último del proceso, como lo es la justicia mediante la convicción judicial de los hechos debatidos, por lo que nada importa quien la haya promovido o aportado, persiguiéndose sólo llevar al ánimo del juzgador la convicción o certeza necesaria para el cumplimiento de su tan noble empeño.

5. PRUEBAS PRACTICADAS EN PROCESOS PENALES.

Es perfectamente viable que las pruebas practicadas en los procesos penales, puedan ser trasladadas a los procesos civiles para que sean apreciadas en éstos últimos, siempre y cuando se haya respectado el derecho constitucional a la defensa traducido en contradicción y control de las pruebas, de manera que si la prueba ha sido debidamente debatida en el procedimiento, lo que generalmente se hace en la audiencia pública y oral salvo la anticipación de medios, es perfectamente viable que la misma sea utilizada en un proceso civil llevado contra el acusado en el proceso penal; igualmente, si en el proceso penal algún testigo declara un hecho que le es desfavorable –confesión judicial- es perfectamente viable que dicha confesión pueda el día de mañana ser utilizada en un proceso civil, siempre que en el mismo el tercero pase a ser parte.

---

[646] Humberto BELLO LOZANO. Ob. cit. T. I. pp. 94 y 95.

Sobre este punto el maestro italiano Francisco RICCI nos enseña que sin limitar la eficacia de la prueba a los autos de la autoridad judicial y a la confesión de las partes, parece que cualquier otra prueba practicada en un proceso penal con asistencia de las partes, debe conservar su eficacia en otros procesos pendiente entre las partes, aunque sean de distinto índole, por lo que si la oposición de la parte contraria interesada y la observancia de las formalidades establecidas en la Ley para practicar la prueba se cumplen, siendo éstas garantías de la verdad, no se comprende por qué una vez establecida ésta no haya de reputar tal con relación a las mismas partes en un juicio distinto, tal como lo estableció el Tribunal de Casación de Nápoles al considerar que la prueba practicada en proceso criminal conservaba su eficacia en el proceso civil pendiente entre las mismas partes, de donde se concluyó lo siguiente:

a. Que la Ley rechaza todo lo que sea gastos inútiles y procedimientos inútiles.
b. Que si las pruebas han sido practicadas con citación de la parte civil en pública contienda, la cita ha adquirido por ello en su interés civil, un derecho.
c. Que los autos penales de carácter oficial revisten la condición de instrumentos auténticos y como tales, bien pueden ser presentados ante el juez civil para que los aprecie.
d. Que en materia de delitos y *cuasi*-delitos se admite siempre la prueba testimonial y la de presunciones, siendo contrario a la ley prohibir al juez civil tener presentes las actuaciones criminales de las cuales, ya que no otra cosa podría llegar a presunciones tan firmes, precisas y concordantes, que lo dispensen de la necesidad de otras pruebas.
e. Que si no pudiera tenerse presentes las actuaciones criminales, se hará con frecuencia difícil, cuando no imposible, una nueva prueba genérica o específica.[647]

De lo anterior es concluyente que la prueba materializada en el debate contradictorio llevado a cabo en el procedimiento penal o criminal, es perfectamente trasladable al proceso civil que se lleve entre las mismas partes, para que sean apreciadas y valoradas, destacándose que para ello –traslado- se requerirá que se acompañen al nuevo proceso civil, las actuaciones donde pueda evidenciarse que efectivamente las pruebas traídas de los tribunales penales, fueron o pudieron ser contradichas y controladas, pues recordemos que éstas circunstancias son derechos y no deberes procesales.

6. PRUEBAS PRACTICADAS EN PROCESOS JUDICIALES DONDE HA OPERADO LA NULIDAD.

La nulidad es considerada como la consecuencia producida por la inobservancia de requisitos legales de carácter esencial, en la formación o ejecución de un acto procesal, que menoscabe el ejercicio de un

[647] Francisco RICCI. Ob. cit. T. I. pp. 45 y ss.

derecho fundamental, como lo podría ser el derecho constitucional de la defensa o del debido proceso legal, consistente en la privación de los efectos que les son propios. En este sentido nos dice el maestro Humberto BELLO LOZANO, que en general las nulidades pueden considerarse como la ineficacia del acto mismo para el logro del fin jurídico al cual va dirigido, por lo que y cuando el acto procesal es declarado nulo, trae como secuela la pérdida de su eficacia, resultado privado de todos sus efectos normales.[648]

Si la declaración de nulidad se produce cuando al acto nulo le han sucedido otros en relación de dependencia con él, también éstos resultarán afectados de nulidad y privados de eficacia. Cuando el acto es declarado nulo -señala la Ley- debe realizarse nuevamente en la oportunidad señalada al efecto por el operador de justicia – artículo 207 del Código de Procedimiento Civil-; si se trata de un acto consecutivo, produce la nulidad de los otros actos que dependen de él y debe reponerse la causa al estado en que se realice nuevamente el acto irrito.

En cuanto a la materia probatoria y referido en específico a la suerte de las pruebas cuando en el proceso ha operado la nulidad a que se refiere el artículo 206 del Código de Procedimiento Civil, debe distinguirse si la nulidad ha sido consecuencia de la carencia de elementos esenciales en el proceso, o por la violación de normas referidas a la promoción, providenciación o evacuación de pruebas –establecimiento de las pruebas- casos en los cuales las pruebas perderán toda su eficacia probatoria, no surtiendo efectos, ni en el proceso donde operó la nulidad, ni en otros procesos; pero si por el contrario la nulidad se produce por otros motivos que no afecten la contradicción y control de las pruebas, ni su proposición, admisión y evacuación, las mismas conservarán todo su valor probatorio pudiendo perfectamente ser utilizadas por vía del traslado, en otros proceso.

Las pruebas simples practicadas en procesos precedentes o anteriores, conservan su eficacia probatoria inicial en procesos posteriores entre las mismas partes, e igualmente en el caso que el operador de justicia se declare o sea declarado incompetente, siempre que se hayan cumplido las formalidades de la prueba y se hubiere tenido la oportunidad para contradecirlas y controlarlas, circunstancias éstas que también pudieran producirse de declararse la inexistencia de procesos judiciales producto de un fraude o dolo procesal, donde las pruebas practicadas legalmente conservan todo su valor probatorio en eventuales procesos futuros.

En los casos de incompetencia, sea esta inicial o sobrevenida, las pruebas conservan todo su valor probatorio siendo totalmente eficaces en ese proceso, así como en cualquier otro donde puedan ser trasladadas. Al respecto no dice RICCI que si el juez que con la intervención de las partes y habiendo observado las formalidades legales ha practicado las pruebas, se declara luego incompetente, o bien el

---

[648] Humberto BELLO LOZANO. Ob. cit. T. I. p. 91.

proceso se anula por el tribunal superior por razón de la incompetencia, las pruebas materializadas mantienen su eficacia probatoria, cuando ésta depende de la intervención de las partes –contradicción y control de las pruebas- interesadas y de la observancia de las formalidades establecidas por la Ley para practicarlas, dado que la incompetencia del judicante en nada influye ni impide la intervención de las partes ni el cumplimiento de las formalidades legales, de manera que la incompetencia no influye en la eficacia de las pruebas, las cuales serán perfectamente válidas y apreciables, tanto en el proceso donde se produjo la incompetencia, como en cualquier otro al cual se traslade, siempre que se hubiese respetado la contradicción y el control de la prueba, así como el cumplimiento de las formalidades que la envuelven.[649]

Por su parte el maestro Hernando DEVIS ECHANDÍA al referirse a las pruebas materializadas en procesos donde ha operado la incompetencia del jurisdicente, concluye expresando que la subsistencia del valor de las pruebas a pesar de la nulidad del proceso, sea allí mismo o en otro proceso posterior, dependerá únicamente de la naturaleza del vicio que la produjo, por lo cual podría anunciarse –expresa el maestro colombiano- la siguiente regla: Si a pesar de la nulidad resulta que la prueba estuvo decretada y practicada en sus formalidades propias, esto es, que el vicio se refiere a otros actos del proceso y se cumplió además el requisito de contradicción que exige la adecuada personería adjetivas de la parte contra quien se aduce la prueba, y la citación o emplazamiento –intimación- de esa parte lo fue en forma legal, deberá reconocérsele a la prueba valor probatorio por haberse cumplido con todos los requisitos intrínsecos necesarios para su procedencia; en el supuesto contrario, la prueba quedará afectada de nulidad y será inválida.[650]

Pero otro problema se presenta cuando la incompetencia se produce por razones subjetivas, donde el tema probatorio pudiera afectar a alguna de las partes, especialmente a aquella contra la cual quiere hacerse valer en el nuevo proceso, caso en el cual afirmamos que todo dependerá del caso concreto, pues si la subjetividad del judicante afectó al tema de la prueba, la misma no solo será nula en el proceso donde se produjo sino en cualquier otro; en tanto que si la incompetencia subjetiva del judicante no afecto el tema de la prueba, creemos que perfectamente pudiera trasladarse a otro proceso cumpliendo las reglas que hemos señalado, pues en definitiva y salvo esta excepción recordemos, que la incompetencia del judicante como presupuesto procesal, no afecta los actos procesales cumplidos.

---

[649] Francisco RICCI. Ob. cit. T. I. pp. 49 y ss.
[650] Hernando DEVIS ECHANDIA. Ob. cit. T. I. pp. 370 y ss.

CAPITULO XIII

ACTIVIDAD PROBATORIO OFICIOSA

…………………………………………………………………………………………………

SUMARIO: *1. La actividad probatoria oficiosa. Introducción. 2. Naturaleza de la actividad probatoria oficiosa. Características. a. Facultad de dirección material. b. Actividad probatoria. c. Actividad facultativa. 3. Diligencias probatorias, autos para mejor proveer y otras actividades oficiosas probatorias. Diferencias. 4. Diligencias probatorias a que se refiere el artículo 401 del Código de Procedimiento Civil. 5. Término para cumplir las diligencias probatorias y recurribilidad del auto que ordena la misma. Gastos. 6. Actividad probatoria oficiosa del Juez diferente a las diligencias probatorias y autos para mejor proveer. 7. Actividad probatoria oficiosa del operador de justicia en los diversos sistemas de procedimiento. 8. Constitucionalismo y garantismo en la actividad probatoria oficiosa.*

1. LA ACTIVIDAD PROBATORIA OFICIOSA. Introducción.

Al momento de tratar el tema de la carga probatoria decíamos, que la actividad probatoria corresponde a las partes, quienes no solo tienen la carga de la afirmación de los hechos que serán objeto de la jurisdicción, sino también la carga de aportar a las actas procesales aquellas pruebas demostrativas de los hechos controvertidos y no eximidos de prueba –carga de la prueba- pues son a éstas a quienes le interesa que los hechos enunciados en sus escritos de pretensión, acusación, contestación y defensa que son fundamente de las normas que contienen esas consecuencias jurídicas que les benefician y han pedido, queden en la litis plenamente fijados o establecidos, verificados por comparación con las fuentes para la convicción judicial respecto a los mismos, conformando la premisa menor del silogismo judicial.

Estas cargas procesales –de la afirmación y de la prueba- descansan fundamentalmente en los principios de aportación de parte y de autorresponsabilidad, que a su vez dimanan o son consecuencia del principio dispositivo, acusatorio y de congruencia, dado que el operador de justicia debe atenerse a lo que las partes aleguen y prueben en el proceso, sin poder sacar elementos de convicción fuera de ellos, pero no obstante a lo antes dicho si bien nuestro sistema procesal se encuentra regido por los principios en comento, especialmente por el dispositivo dominado por el principio de autonomía de la voluntad de

las partes –*sache der parteien* o cuentión de parte como lo expresa PICÓ Y JUNOY-[651] si bien las partes tienen el pleno derecho –interés- de allegar al proceso la prueba que le favorezcan, el judicante tiene no el derecho, sino el deber de administrar justicia a través del establecimiento de la convicción judicial traducida en certeza sobre los hechos litigiosos, obtenidos mediante el material probatorio, bien aportado por las partes u ordenado oficiosamente por él, para de ésta manera garantizar la tutela judicial efectiva pregonada por el artículo 26 constitucional, pues el fin del proceso no es resolver al particular su problema y mucho menos en la forma favorable que pretende, sino por el contrario, hacer que el orden jurídico se realice a cabalidad en los casos concretos, de acuerdo con la Ley, la moral, los principios generales del derecho, la equidad y la realidad de los hechos, por lo que no existe duda que el fin del proceso es la satisfacción de un interés público del Estado y de la sociedad. Sin perjuicio de ello y mediante la satisfacción del interés público, se logra la satisfacción de los intereses privados.

De lo dicho afirmaremos que las partes pueden ser dueñas del proceso, incluso de las pruebas, pero no de la justicia, lo cual escapa del ámbito privado de ellas para insertarse en el interés público del Estado, de manera que el judicante en función del principio de veracidad –principio de orden público, dado que la realización del derecho se cumple haciendo que el resultado del proceso se identifique con la realidad jurídica y de hecho que allí se examina, existiendo un marcado interés público en conducir al proceso a una decisión jurídica justa y acertada- se encuentra dotado de funciones probatorias oficiosas, que tienden a reconstruir los hechos tal como realmente sucedieron, ordenando oficiosamente los medios probatorios que puedan conducir al proceso aquellas fuentes que sirvan para la verificación de los hechos debatidos.

El estudio de la actividad probatoria oficiosa del judicante, debe estar precedido por el análisis del "**principio dispositivo**" que rige la mayoría de nuestros procedimientos judiciales, como sucede en materia civil tanto escrito como oral, éste último aplicado al procedimiento marítimo y aeronáutico, mercantil, laboral, de niños y adolescentes, agrario, contencioso administrativo .con sus excepciones- y tributario entre otros, lo que en general se ubica en el artículo 11 del Código de Procedimiento Civil, que expresa […] *En materia civil el juez no puede iniciar el proceso sino previa demanda de parte, pero puede proceder de oficio cuando la ley lo autorice, o cuando en resguardo del orden público o de las buenas costumbres, sea necesario dictar alguna providencia legal aunque no la soliciten las partes. En los asuntos no contenciosos, en los cuales se pida alguna resolución, los jueces obrarán con conocimiento de causa, y al efecto, podrán exigir que se amplíe la prueba sobre los puntos en que la encontraren deficiente, y aun requerir otras pruebas que juzgaren indispensables; todo sin necesidad de las formalidades del juicio. La resolución que dictaren dejará siempre a salvo los derechos de terceros y se mantendrá en vigencia*

[651] Joan PICÓ I JUNOY. El Derecho a la Prueba en el Proceso Civil. Editorial J.M BOSCH. Barcelona, 1996. pp. 207 y ss.

mientras no cambien las circunstancias que la originaron y no sea solicitada su modificación o revocatoria por el interesado, caso en el cual, el Juez obrará también con conocimiento de causa."

El principio en comento descansa fundamentalmente en el hecho que el estímulo de la actividad jurisdiccional y el suministro de los materiales necesarios para su desarrollo, corresponde exclusivamente a las partes interesadas, por lo que únicamente –salvo los casos excepcionales- a ellas les compete instar e iniciar el proceso a través del ejercicio de la correspondiente acción contentiva de la pretensión y contenida en una demanda, solicitud, querella o acusación, según el tipo de procedimiento que se trate, lo que representa aquella máxima romana *nemo iudex sino actore, ne procedat iudex ex officio.* Son las partes las que inician el proceso, las que tienen la carga de la explanación de los hechos que son presupuesto de las normas contentivas de las consecuencias jurídicas solicitadas, quienes tienen la carga de la prueba promoviendo los medios que alleguen las fuentes que sirvan para su verificación por comparación y llegar a la convicción judicial traducida en certeza no eximida de falencia, las que pueden terminar el proceso mediante actos de auto composición procesal –convenimiento, transacción, desistimiento- quienes pueden suprimir de común acuerdo el lapso probatorio, suspender el procedimiento, evacuar pruebas fuera de las oportunidades correspondientes y especialmente, quienes con su actividad alegatoria imponen el tema controvertido y *decidendum*, que interdicta al judicante tanto en la búsqueda de los hechos, ello en base a su función verificadora y no averiguadora, como en el tema sometido a la jurisdicción, no pudiendo salirse de la cuestión debatida so pena de incurrir en falencias de procedimiento como la incongruencia aditiva o por preterición, *ultrapetita*, *extrapetita* o *citrapetira*.

Pero este principio dispositivo que rige los sistemas de procedimiento en nuestra legislación no es absoluto, si que se ve penetrado de manera atenuada por el principio inquisitivo que en materia probatoria permitirá al judicante realizar cierta actividad probatoria conforme a la potestad que la misma ley le permite, ordenando al efecto medios de prueba para allegar al procesos fuentes determinantes de la convicción judicial, sin perjuicio de la facultad aclaratoria o de aclaración para un mejor conocimiento del asunto que le permita dictar su juicio jurisdiccional, actividades éstas que en el marco del sistema de procedimiento civil se ubica en los artículos 401 y 514 del Código de Procedimiento Civil, referidas a las diligencias probatorias y auto para mejor proveer respectivamente.

Los ejemplos más resaltantes del principio dispositivo nos dice el maestro uruguayo Eduardo J. COUTURE, son los siguientes: a. En la *iniciativa del proceso*, ya que sin la actividad de las partes no habrá litigio; b. En el *impulso procesal*, confiado sólo a las partes; c. En la *disponibilidad del derecho material*, ya que interpuesta la demanda el actor puede desistir de la misma y el demandado convenir en ella, pudiendo igualmente las partes terminar el proceso mediante transacción; d. En la *disponibilidad de las pruebas*, puesto que la tramitación corresponde a las partes; e. En los *límites de la sentencia*, ya que el juez no puede acordar

en su sentencia más de lo pedido por las partes y debe atenerse a lo alegado y probado por ellas en la secuela de la litis.[652]

Por su parte el profesor español Joan PICO I JUNOY escribe que los elementos característicos del principio dispositivo son los siguientes:

a. El inicio de la actividad jurisdiccional corresponde a la instancia de las partes según el aforismo *nemo iudex sino actore, ne procedat iudex ex officio.*

b. La determinación del objeto del proceso corresponde a las partes –causa *petendi* o *petitum-*.

c. Debe existir congruencia en las resoluciones judiciales, en relación con las pretensiones de las partes, por lo que resulta en plena vigencia el brocardo *ne eat iudex ultra –o extra- petita partium.*

d. La finalización de la actividad jurisdiccional por voluntad de las partes, es exclusiva de los litigantes, quienes pueden disponer libremente tanto de la *res in iudicium deductae*, mediante la renuncia, el allanamiento o la transacción como de la continuación del proceso, a través del desistimiento o caducidad de la instancia –para nosotros perención de la instancia-.

Tradicionalmente –explica PICÓ I JUNOY- de acuerdo a la ideología de finales del siglo XIX, en la que la desconfianza de los poderes estatales se reflejaba en una restrictiva interpretación de las posibles iniciativas de los jueces y tribunales respecto de los intereses privados discutidos en el proceso civil, éste es concebido como *sache der parteien*, es decir, como "cosa entre las partes". Esta concepción liberal presupone –señala SCHWAD citado por PICÓ I JUNOY- dejar la responsabilidad de la marcha del proceso a las partes, lo cual es fiel reflejo de la Ley de Enjuiciamiento Civil española –derogada, pues en España en el año 2.000 entró en vigencia una nueva Ley de Enjuiciamiento Civil española- dado que como expresa MANRESA la mejor Ley de procedimiento es la que deja menos campo al arbitrio judicial, todo lo cual se traduce en que en esa época se había producido una confusión entre el poder de disposición del objeto litigioso de naturaleza civil y el dominio respecto del proceso, siendo la doctrina alemana la que resolvería tal confusión, limitando el concepto de principio dispositivo –*Dispositionssprinzip-* al dominio de por litigantes del interés privado, y el de aportación de parte –*Verhandlungsmaxime-* a la introducción y prueba de los hechos en el proceso, criterio éste acogido –expresa PICÓ I JUNOY- tanto por la doctrina italiana como por la española. [653]

El corte dispositivo, inquisitivo o acusatorio –nos dice el maestro español Juan MONTERO AROCA- responde a la concepción política que se mantenga constitucionalmente en los países sobre la naturaleza de las relaciones materiales entre los particulares, el cual descansa en los países occidentales, en la autonomía de la voluntad de las partes, en la libertad a la hora de conformarlas por los implicados

[652] Eduardo J. COUTURE. Fundamentos del Derecho Procesal Civil. pp. 187 y 188.
[653] Joan PICÓ I JUNOY. Ob. cit. pp. 212 y ss

en ellas, y por otro lado, en la existencia de verdaderos derechos subjetivos privados, de los que sus titulares tienen la plena disponibilidad.[654]

De lo dicho podemos afirmar que conforme al principio dispositivo, son las partes quienes en la secuela del proceso tiene el interés de promover los medios probatorios que sirven para llevar las fuentes que permitirán la verificación de los hechos por comparación con la precitadas fuentes, actividad probatoria que es producto del *onus probandi* y que recaerá sobre los hechos institucionales enunciados conforme al *onus explanandi*, institutos éstos que regulan o predeterminan el *thema dedidendum* en los términos del artículo 12 del Código de Procedimiento Civil, que lo obliga a sentenciar conforme a lo alegado y probado en autos. Pero la actividad probatoria no es exclusiva de las partes, por el contrario el propio legislador le otorgó al judicante la facultad para ordenar la práctica de medios probatorios para allegar aquellas fuentes que como indicamos sirven para la verificación de los hechos, así como con la finalidad de esclarecer o clarificar el tema debatido cuando es dudoso u oscuro, para el mejor dictado de la sentencia, actos que como indicaremos –especialmente en materia probatoria- de alguna manera atenúan el precitado principio dispositivo, pero que no puede considerarse como desnaturalización del principio de aportación de parte ni del derecho de igualdad procesal, el primero pues y como adelantamos sólo se activará en la medida que las partes hayan cumplido con sus respectivas cargas probatorias, incluso ante la imposibilidad inimputable a ellas, el segundo pues el judicante al ordenar la práctica de la actividad probatoria, no tiene conocimiento respecto al resultado que se obtendrá, que de igual manera puede favorecer a cualquiera de las partes.

En este sentido nos dice MONERO AROCA que las actividades oficiosas probatorias del operador de justicia constituyen una excepción al principio dispositivo, una penetración de lo inquisitivo en el proceso civil, que no inciden con el principio mismo – principio dispositivo- dado que no afecta ni al inicio del proceso, ni a su objeto, ni a la disponibilidad por parte de los sujetos procesales del derecho controvertido, ni a la actividad alegatoria y probatoria, sino que por el contrario se relacionan y complementan con el principio de aportación de parte, pues el operador de justicia no puede en función del principio de congruencia a través de la actividad probatoria oficiosa, modificar el tema controvertido establecido por las partes al trabarse la litis, ello a propósito que el juez a través de la actividad probatoria no tiende a suplir la carga probatoria de las partes –mucho menos la negligencia procesal y probatoria- sólo tiende a encontrar la verdad de los hechos controvertidos en el proceso, para mantener la paz y armonía social, mediante la emisión de decisiones justas.[655]

---

[654] Juan MONTERO AROCA. La Prueba en el Proceso Civil. pp. 275 y ss.
[655] Juan MONTERO AROCA. Ob. cit. pp. 276 y ss.

En este mismo sentido PICÓ I JUNOY quien considera que la atribución de iniciativas *ex officio* no supone una quiebra o vulneración del principio dispositivo -*alma mater* del proceso civil- en la medida que el actor y el demandado conserven la exclusividad en la determinación del objeto del litigio, lo cual permite que la prueba cumpla su función, como lo es el convencimiento psicológico del juez acerca de la existencia de los hechos discutidos en el marco del proceso, de manera que no tiene sentido sostener que la prueba sea una actividad exclusiva y excluyente de las partes, pues debe permitirse que el juez realice cualquier actividad probatoria oficiosa cuando lo estime conveniente, para alcanzar su convicción, evitando la eventual pérdida de imparcialidad del juzgador, pues éste al llevar a cabo su iniciativa probatoria no afecta la actividad inquisitoria, de investigación o averiguación de hechos no alegados por las partes, que podrían poner en duda su imparcialidad, sino una actividad de verificación de los mismos.[656]

Por su parte el maestro colombiano DEVIS ECHANDÍA, señala que no puede maniatarse al operador de justicia, pues si hay un interés público en que el resultado del proceso sea justo y legal, el Estado deben dotar al juez de poderes para investigar la verdad de los hechos que las partes afirmen en oposición, y nadie puede alegar un derecho a ocultar la verdad o a engañar al juez con pruebas aparentes u omisiones de otras, pues la imparcialidad del funcionario consiste en aplicar la Ley al dictar sentencia, sin que en su criterio pesen otras razones que sus conocimientos jurídicos y las conclusiones que llegue después del examen de los hechos y de las pruebas.

2. NATURALEZA DE LA ACTIVIDAD PROBATORIA OFICIOSA. Características.

Siendo las diligencias probatorias una excepción del principio dispositivo, más aún, una penetración del inquisitivo en el dispositivo que tienen por objeto la verificación de los hechos mediante la ordenación de medios probatorios que permitan allegar al proceso fuentes que sirvan de comparación con los hechos enunciados por las partes como fundamento de sus pretensiones, así como el cumplimiento de los postulados constitucionales de Justicia y la garantía del derecho a la tutela judicial efectiva por conducto del proceso, que es el instrumento fundamental para la realización de éstos fines como lugar de movimiento de la jurisdicción, para así obtener paz y armonía social mediante la función pública de composición de los conflictos interpersonales surgidos, para determinar la naturaleza jurídica de dichas actividades oficiosas, previamente debemos analizar sus características, y a tal efecto observamos:

a. Facultad de dirección material.

---

[656] Joan PICÓ I JUNOY. Ob. cit. p. 223 y ss.

Es la primera de las características de las actividades probatorias oficiosas del operador de justicia, que se encuentra normado en el artículo 14 del Código de Procedimiento Civil, según el cual éste es el director del proceso y debe impulsarlo de oficio hasta su conclusión a menos que la causa se encuentra paralizada por algún motivo legal, caso en el cual debe fijar un término para su reanudación que no podrá ser menor de diez días después de notificadas las partes o sus apoderados. Las actividades probatorias oficiosas del juzgador como se ha venido expresando, no van contra el principio dispositivo, por el contrario lo complementan, pues el hecho que sean las partes quienes cargan con el intereses de aportar el material probatoria para establecer en el proceso los hechos, en nada se ve influenciado por que el operador de justicia realice oficiosamente actividades probatorias, mediante la búsqueda y traída al proceso de fuentes probatorias que tiendan, más que a establecer los hechos controvertidos, a demostrar o verificar los enunciados fácticos, dado que la función del jurisdicente en materia oficiosa no se centra en suplir la carga de las partes, sino que se centra en el principio de veracidad –no en el sentido de búsqueda de la verdad, pues hemos desterrado esta noción filosófica del tema de la prueba para sustituirlo por la convicción judicial- a través del cual pueden materializarse los principios y derechos constitucionales normados en los artículos 2° 26 y 257 constitucionales, por lo que afirmamos que las iniciativas probatorias del juzgador como facultad de dirección material del proceso no lesionan, niegan ni menoscaba el principio dispositivo y de aportación de parte, incluso recordemos que uno de los "sujetos de la actividad probatoria" –como estudiamos- es precisamente el judicante cuando ordena de oficio la materialización de medios probatorios, respecto exclusivamente sobre los hechos que han debatido las partes.

b. Actividad probatoria.

Es otra de las características fundamentales de las diligencias probatorias oficiosas del operador de justicia, ya que las mismas constituyen actividades –actos procesales- que tienen como objeto hacer allegar al proceso las fuentes que sirvan para verificar los hechos debatidos y no eximidos de prueba, por lo que aún y cuando el legislador les dé el nombre de diligencias o autos para mejor proveer, realmente son actividades probatorias oficiosas del judicante, de manera que cuando la doctrina niega en ocasiones a las diligencias para mejor proveer la condición de actividad probatoria, lo hace partiendo de un concepto en el que el requisito esencial es que se trate de actividades de las partes realizadas por el juez, pero no por éste, es decir, actividad en la cual el operador de justicia no tiene papel activo, aunque sea el destinatario de la misma; por el contrario, se entiende que el concepto de la prueba –como actividad

probatoria en general- no puede quedar limitado a la actividad de las partes –como sí ocurre con la prueba en su noción procesal- no ofreciendo dudas el carácter probatorio de las actividades en que se resuelven las diligencias para mejor proveer, lo que se confirma si por medio de ellas lo que se pretende es producir certeza con relación a las afirmaciones de los hechos de las partes.

c. Actividad facultativa.

Constituye la tercera de las características de la actividad probatoria oficiosa del operador de justicia, conforme a la cual éste tiene el poder o facultad de ordenar la realización de acticvidades probatorias para la verificación de los hechos, lo cual proviene del deber que tiene de administrar justicia y dictar sentencias justas, que sean el reflejo de la certeza sobre los hechos debatidos conforme a la actividad probatoria desarrollada en el proceso, sin que las partes puedan ejercitar medios recursivos tendientes a cuestionar la actividad oficiosa, salvo y como lo veremos en los casos que el judicante utiliza las mismas con el fin de suplir la negligencia probatoria de alguna de las partes poniendo en tela de juicio su imparcialidad.

En este sentido se expresa MONTERO AROCA para quien las diligencias probatorias para mejor proveer, son de carácter potestativo o discrecional del juez, de lo que se ha derivado que su utilización o uso en un proceso nunca puede justificar un recurso, ni contra la resolución que lo ha acordado, ni contra la sentencia que en definitiva se dicte, tal como lo ha venido expresando el Tribunal Supremo español quien ha repetido hasta la saciedad, que no pueden configurarse como obligación del juez o tribunal, de modo que la petición de la parte no puede tener otra utilidad que la de llamar la atención al juez acerca de su oportunidad, pero sin forzar ni mermar la facultad de éste para acordarlo; en este sentido en vez de constituir una obligación para el juez, se configura como una mera facultad de la cual puede hacer uso a su libre voluntad, sin que pueda generarse actividad impugnatoria contra él por las partes.[657]

Como indicamos el Tribunal Supremo español, ha considerado que en ocasiones sea exigible a los tribunales acordar las diligencias para mejor proveer, cuando sean necesarias para la efectividad tutela judicial, donde incluso ha ordenado a tribunales ordinarias que proceda a acordar alguna de las diligencias, actuación que el maestro Juan MONTERO AROCA ha considerado que posiblemente la aparente contradicción entre las resoluciones de Tribunal Supremo español, proviene del hecho de no haberse acabado de entender que los tribunales no tienen facultades discrecionales, por lo menos tal y como se entiende la discrecionalidad con relación a las partes, para quien la misma supone que pueda o no realizar

[657] Juan MONTERO AROCA. Ob. cit. p. 287.

un acto sin mas criterio que la libre voluntad, mientras que cuando se atribuye una facultad a un órgano jurisdiccional, se le está atribuyendo también un deber, el de ejercer la facultad en atención a las circunstancias que concurren en el caso concreto, tal como ha sido entendido en nuestra legislación en el artículo 23 del Código de Procedimiento Civil, que expresa […] *Cuando la ley dice: "El Juez o Tribunal puede o podrá", se entiende que lo autoriza para obrar según su prudente arbitrio, consultando lo más equitativo o racional, en obsequio de la justicia y de la imparcialidad*."

Cuando la ley deja o atribuye al judicante una poder o facultad, significa que debe hacer lo que puede hacer cuando objetivamente concurran circunstancias que lo aconsejen, lo que significa que en materia de diligencias probatorias y autos para mejor proveer, estando el operador de justicia facultado para realizar dichas actuaciones judiciales, cuando existan circunstancias procesales que así lo aconsejen, como la imposibilidad material demostrado de alguna de las partes de allegar al proceso las pruebas, teniendo el mismo el deber constitucional de brindar una tutela judicial efectiva y de dictar sentencias justas para así poder obtener y brindar Justicia, como principio fundamental de nuestro ordenamiento jurídico, que se traduce en que la verificación de los hechos se presente como un verdadero deber u obligación del judicante de rango legal e incluso constitucional que puede conllevar responsabilidades personales por omisión, conforme a lo previsto en el artículo 49.8 constitucional en concordancia con lo preceptuado en el artículo 255 *ejusdem*, de manera que afirmemos que el judicante no tiene tal facultad discrecional cuando las circunstancias procesales lo ameriten, caso en el cual deberá emitir o producir las diligencias probatorias o autos para mejor proveer.

El incumplimiento del deber legal y constitucional del operador de justicia, podría ser exigido a través el recurso de queja –artículo 830.5 del Código de Procedimiento Civil- como consecuencia de la omisión del acto procesal, conforme a lo previsto en los artículos 49.8 y 255 constitucionales, incluso podría abrirse al efecto la articulación probatoria a que se refiere el artículo 607 del Código de Procedimiento Civil -por necesidad del procedimiento- para que la parte demuestre que efectivamente se encuentra imposibilitado de aportar la prueba al proceso o que existe la dificultad probatoria, incluso indisponibilidad de producir las pruebas, así como el hecho que su contraparte esconde maliciosamente la prueba de los hechos controvertidos o que para él existe mayor disponibilidad o facilidad probatoria y no obstante a ello, ha asumido una conducta obstruccionista u omisiva en perjuicio de sus derechos e intereses, todo ello a propósito de la eventual aplicación del principio del riesgo probatorio, donde se tome en cuenta la disponibilidad y facilidad, así como la prueba proveniente de la conducta procesal –indicios- como criterios correctivos de la distribución de la carga probatoria

En definitiva tenemos que la naturaleza de las diligencias probatorias puede resumirse en tres características o elementos como son: a. Es una facultad de dirección del juez; b. Constituye una verdadera

actividad probatorias oficiosa; y c. Es una actividad facultativa, más cuando existen circunstancias que lo ameriten o aconsejen en el proceso, esa facultad constituye un verdadero deber, tanto de rango legal como constitucional.

Pero para algunos autores tanto nacionales como extranjeros, la naturaleza de las diligencias probatorias es "**esclarecedora**" tanto de alegatos como de pruebas, en éste último caso de pruebas incluso no aportadas a los autos; otros consideran que tienden a esclarecer hechos ya probados que mantienen aún cierta oscuridad o vaguedad, por lo que las diligencias se dictarán una vez que las pruebas sean insuficientes, más la verdadera naturaleza fundamental de las diligencias probatorias es la "verificación" de los hechos enunciados por las partes y debatidos, pues mientras las partes tienen la carga de la alegación y de la prueba de los hechos que sirven de fundamento a sus pretensiones o excepciones, el operador de justicia tiene el deber como uno de sus principios fundamentales, incluso de rango constitucional, de verificar los hechos para crear la convicción judicial respecto al tema fáctico debatido, de manera que las diligencias probatorias no pueden suplir los alegatos y la falta de prueba de las partes, so pena de fragmentarse el principio dispositivo y lesionarse el derecho constitucional y humano de igualdad de las partes, de donde se infiere que éstas –actividades probatorias oficiosas- sólo pueden realizarse para allegar al proceso fuentes probatorios respecto a los hechos debatidos.

En definitiva observemos que las diligencias que estudiamos tienen función probatoria, de instrucción para la verificación de los hechos y conseguir la certeza o convicción judicial respecto a los hechos debatidos por las partes y que son presupuesto de las normas contentivas de las consecuencias jurídicas aplicables al caso concreto.

3. DILIGENCIAS PROBATORIAS, AUTOS PARA MEJOR PROVEER Y OTRAS ACTIVIDADES OFICIOSAS PROBATORIAS. Diferencias.

La actuación oficiosa del judicante en el marco del sistema de procedimientos, generalmente viene dada por actos de instrucción y aclaración, los primeros de ordenación de medios probatorios concretos para allegar al proceso esas fuentes que sirvan para verificar los hechos debatidos y enunciados por las partes por comparación, lo que permitirá llegar a la convicción judicial traducido en certeza no exenta de falencia, todo en el marco del sistema procedimiental dispositivo donde son las partes quienes llevan los hechos que determinan la función jurisdiccional –la sentencia fundamentalmente- e interdicta al judicante a realizar actividades de "averiguación" tanto de los hechos como de las fuentes probatorias –insistamos que su función es verificatoria- como sucede con las diligencias probatorias a que se refiere el artículo 401 del Código de Procedimiento Civil; las segundas –aclaratorias- aunque generalmente también se

materializan mediante la ordenación de medios probatorios concretos, difieren respecto a las primeras en cuanto a su finalidad, pues éstas no tienden a allegar fuentes al proceso para la verificación de los hechos, sino a la aclaración de dudas u oscuridades que se le presenta al judicante al momento de dictar la sentencia, bien respecto a la cuestión de hecho debatida, bien respecto al tema probatorio, como sucede con los autos para mejor proveer del artículo 514 *ejusdem*; actividades éstas que se ubican igualmente en otros sistemas de procedimiento aunque no reciban los citados nombres como tal.

Pero no son éstas las únicas facultades oficiosas del judicante, pues por ejemplo en el sistema de procedimiento civil en la regulación de algunos medios probatorios se permite la ordenación oficiosa como sucede en materia de experticia, inspección judicial, reproducciones, reconstrucciones, pericias científicas y juramento deferido de oficio, cuya finalidad es precisamente instructoria para allegar al proceso fuentes que sirvan para la verificación de los enunciados fácticos controvertidos y no eximidos de prueba. De esta manera podemos agrupar las actividades oficiosas de la siguiente manera:

a. Las "diligencias probatorias" a que se refiere el artículo 401 del Código de Procedimiento Civil, que tienen por objeto la instrucción de la causa, la búsqueda de fuentes para la verificación de los hechos.
b. Los "autos para mejor proveer" a que se refiere el artículo 514 del Código de Procedimiento Civil, que tiene por objeto no la verificar los hechos controvertidos, sino esclarecer o aclarar hechos dudosos u obscuros para complementar la ilustración del judicante como antecedente necesario de la sentencia, permitiéndose despejar cualquier duda o insuficiencia que le impida formar criterio sobre la causa controvertida.
c. Las "actividades de instrucción o probatorias" que puede ordenar oficio el juzgador en cualquier momento procesal y diferentes a las previstas en el citado articulo 401 del Código de Procedimiento Civil, como lo son la experticia, inspección judicial, reproducciones, reconstrucciones, pericias científicas y juramento deferido de oficio.

Sin perjuicio de lo adelantado hasta ahora, las diferencias fundamentales entre las denominadas "diligencias probatorias" y los "autos para mejor proveer" podemos resumirlas de la siguiente manera:

a. Las diligencias probatorias tienen naturaleza probatoria o de instrucción, es decir, tienden a buscar fuentes probatorias que sirvan para la verificación de los hechos controvertidos; en tanto que los autos para mejor proveer tienen por objeto esclarecer o aclarar hechos dudosos u obscuros, esto es, complementar la ilustración del operador de justicia como antecedente necesario de la sentencia, permitiéndose despejar cualquier duda o insuficiencia que le impida formar criterio sobre la causa controvertida.

b. Las diligencias probatorias están incluidas en la fase de instrucción del proceso; en tanto que el auto para mejor proveer, se encuentra en la fase decisoria del proceso, luego de presentados los informes de las partes.
c. Las diligencias probatorias son una extensión del lapso de evacuación de pruebas en beneficio del operador de justicia, una prórroga de la etapa de instrucción; el auto para mejor proveer supone que el procedimiento se halle en estado de sentencia.
d. Las diligencias probatorias no forman parte de la preparación de la sentencia, sino de la instrucción para la verificación de los hechos debatidos o para complementar las pruebas de las partes o las que haya ordenado el juez en la etapa de pruebas; en tanto que el auto para mejor proveer forma parte de la preparación del fallo dirimidor.
e. En las diligencias probatorias las partes pueden hacer las consideraciones pertinentes en los informes; en tanto que en los autos para mejor proveer, al haber pasado el lapso de informes, las partes no tienen oportunidad procesal predeterminada para hacer las observaciones pertinentes, lo cual no quiere decir que no puedan realizarlas antes que se emita el fallo definitivo, tal como lo permite el artículo 514 del Código de Procedimiento Civil.
f. En teoría las diligencias probatorias sólo pueden realizarse en primera instancia, criterio poco sostenible hoy con la constitucionalización del derecho de acceso al sistema probatorio que hemos estudiado; en tanto que los autos para mejor proveer puede ser acordados en primero y segundo grado de jurisdicción.
g. Las diligencias probatorias se realizan luego de concluido el lapso probatorio y no tiene un lapso preclusivo; en tanto que los autos para mejor proveer se realizan luego de presentados los informes, en el lapso preclusivo de quince días, que entendemos son de despacho.

Fundamentalmente debemos entender que las diligencias probatorias y los autos para mejor proveer, aún cuando son actividades oficiosas del judicante constituyen actos diferentes, el primero tienen naturaleza instructoria o probatoria y el segundo esclarecedor o aclarativo de hechos dudosos u obscuros, que complementan la ilustración del operador de justicia como antecedente necesario para dictar la sentencia.

Respecto a las actividades probatorias oficiosas que puede realizar el operador de justicia diferentes a las diligencias probatorias por demás taxativas, encontramos que aún cuando ambas tienen función u objeto probatorio o instructorio, de verificación de los hechos controvertidos por las partes, las diligencias probatorias deben emitirse en la oportunidad predeterminada por el operador legislativo –articulo 401 del Código de Procedimiento Civil- en tanto que las actividades probatorias diferentes a las diligencias pueden ordenarse por el juzgador en cualquier estado de la primera instancia, tal como lo es

el caso de la experticia, la inspección judicial, las reproducciones mecánicas, reconstrucciones y experimentos científicos, así como el juramento deferido de oficio, sin perjuicio de su ordenación en la segunda instancia en base al criterio garantista que emerge de la constitucionalización del derecho de acceso al sistema probatorio en los términos que hemos estudiado y que ponen en jaque el contenido limitativo del artículo 520 *ejusdem*.

4. DILIGENCIAS PROBATORIAS A QUE SE REFIERE EL ARTÍCULO 401 DEL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL.

Las actividades probatorias oficiosas del operador de justicia también conocidas como "diligencias probatorias" se encuentran taxativamente reguladas en el artículo 401 del Código de Procedimiento Civil, que expresa […] *Concluido el lapso probatorio, el juez podrá de oficio ordenar la práctica de las siguientes diligencias: 1º Hacer comparecer a cualquiera de los litigantes para interrogarlos libremente, sin juramento, sobre algún hecho que aparezca dudoso u oscuro. 2º Exigir la presentación de algún instrumento de cuya existencia haya algún dato en el proceso y que se juzgue necesario. 3º La comparecencia de algún testigo que habiendo sido promovido por alguna de las partes, sin embargo, no rindió oportunamente su declaración, o la de cualquier otro que sin haber sido promovido por las partes, aparezca mencionado en alguna prueba o en cualquier acto procesal de las partes. 4º Que se practique inspección judicial en algún lugar, y se forme un croquis sobre los puntos que se determinen; o bien se tenga a la vista un proceso que exista en algún archivo público y se haga certificación de algunas actas, siempre que en el pleito de que se trate haya alguna mención de tal proceso y tengan relación el uno con el otro. 5º Que se practique alguna experticia sobre los puntos que determine el Tribunal, o se amplíe o aclare la que existiere en autos. El auto en que se ordenen estas diligencias, fijará el término para cumplirlas y contra él no se oirá recurso de apelación. Cumplidas las diligencias se oirán las observaciones de las partes en el acto de Informes.*"

Como apreciamos de la norma transcrita la oportunidad procesal que tiene el operador de justicia para ordenar estas diligencias probatorias será una vez concluido el lapso probatorio, una vez vencido el lapso de evacuación de pruebas –treinta días de despacho siguientes a la admisión de las pruebas- hasta el día fijado para la presentación de los informes, esto es, hasta el décimo quinto día de despacho siguiente al vencimiento del lapso de materialización o evacuación de pruebas, pues a partir del día siguiente a la presentación del lapso de informes, lo que podrá el juzgador es ordenar un auto para mejor proveer, tal como se lo permite el artículo 514 del Código de Procedimiento Civil. Durante el lapso señalado, puede el operador de justicia realizar cualquiera de las siguientes actividades:

Conforme al **ordinal 1° del artículo 401 del Código de Procedimiento Civil**, podrá hacer comparecer a cualquiera de los litigantes para interrogarlos libremente, sin juramento, sobre algún hecho

que aparezca dudoso u oscuro y que hayan sido controvertidos –expuestos en la fase alegatoria del proceso-. Esta forma libre y sin juramento ha llevado al académico Arístides RENGEL ROMBERG a considerar que el interrogatorio a que se refiere la disposición en comento es *ad clarificandum* y no con fines probatorios, el cual tiene como función primaria y exclusiva poner al juzgador en inmediato contacto con las partes, no con fines de pruebas sino con fines de clarificación de las demandas y sobre todo de las alegaciones de hecho, pues en Italia la norma que regula el interrogatorio no formal de las partes tiene el sentido, según los trabajos preparatorios, la doctrina y la jurisprudencia dominantes, no de un medio de prueba, como lo es el interrogatorio formal bajo juramento, sino de un medio de esclarecimiento o clarificación, con la función secundaria o eventual respecto de los demás medios de prueba, por lo que la finalidad del interrogatorio no formal, no es ya la adquisición de las pruebas sino el esclarecimiento de las afirmaciones de los hechos, de las tesis de derecho y de las pruebas ya adquiridas. En cuanto a los efectos –sigue exponiendo el académico- se diferencia también del interrogatorio formal –con juramento- que mientras en éste las respuestas tienen el valor de confesiones, en el interrogatorio informal las respuestas y declaraciones de las partes solo tienen el valor de argumentos de prueba, apreciables libremente por el juez.[658]

La tesis del profesor RENGEL ROMBERG se inspira en la obra del maestro italiano Mauro CAPPELLETTI, para quien el interrogatorio informal –sin juramento- tiene las siguientes características:

a. Ausencia de formalidad en el interrogatorio, lo cual quiere decir que en el mismo existe libertad modal, esto es, no debe atenderse a una técnica determinada como ocurre en Venezuela en materia de interrogatorio formal de parte –posiciones juradas- donde las preguntas deben ser en forma afirmativa o asertiva, lo cual -sigue expresando el profesor italiano- debe conllevar a que en la dialéctica de la prueba puede permitirse mayor espontaneidad e inmediatez, para obtener un máximo de probabilidad de que las declaraciones y el comportamiento del interrogado sean susceptibles de dar una representación exacta de la realidad y susceptibles a su vez, de ser percibidos por el juzgador de la manera más idónea para su libre valoración, por lo que no debe tratarse de una técnica abstracta y predeterminada en la Ley, sino una técnica dúctil y funcional.
b. Las declaraciones del interrogado serán apreciables libremente por el juzgador. El interrogatorio debe ser libre, no solo porque su dialéctica es no formal, sino también en el sentido de transformarlo de medio susceptible de crear sólo una prueba legal –la confesión vinculante para el juez- en un medio capaz de poner el juzgador en contradictorio y por ende frente a sus

[658] Arístides RENGEL ROMBERG. Tratado de Derecho Procesal Civil Venezolano según el nuevo Código de 1987. T. III. Procedimiento ordinario. Editorial Arte. Caracas, 1992. pp. 385 y ss.

declaraciones –*pro y contra se*- y a su comportamiento con amplio poder de valoración y libertad de convencimiento.

c. El interrogatorio tiene carácter de clarificación y no de prueba, donde se pone a la parte en contacto con el juzgador para que se precisen los hechos por ellas alegados. Pero la alegación de los hechos no es otra cosa que su narración, y por ende en último análisis es una información prestada por las partes.[659]

Lo anterior lleva al académico venezolano –Arístides RENGEL ROMBERG- a enumerar las siguientes características del ordinal 1° del artículo 401 del Código de Procedimiento Civil:

a. Es una iniciativa exclusiva y facultativa del juez que puede cumplirse al quedar concluido el lapso probatorio.
b. Es juez la ejercita sólo si considera necesario aclaraciones sobre alguna afirmación de la parte o sobre algún hecho que aparezca dudoso u oscuro.
c. No tiene como objeto convencer al juez de la verdad de una afirmación de la parte o de algún hecho controvertido, ni la adquisición de pruebas.
d. Las declaraciones o respuestas de la parte no tienen el valor de confesiones sino de argumentos de prueba apreciables libremente por el juez.
e. No se efectúa bajo juramento.
f. La contraparte no intervienen en el acto, ni puede formular impugnaciones en el mismo, pero puede hacer sus observaciones en el acto de informes.
g. El interrogatorio de la parte *ad clarificandum* puede ser ordenado por el juez simultáneamente con las demás diligencias previstas en la disposición en cuestión, las cuales tienen una función propiamente introductoria, por referirse a medios directamente probatorios de hechos y circunstancias de la causa, por lo que la ley exige en tales casos se fije el término para cumplirlas, las cuales dan lugar a la fiscalización y control de las pruebas por las partes, según la clase y naturaleza de éstas, en los modos y formas autorizados por la ley, sin perjuicio además del derecho de hacer las observaciones pertinentes en el acto de informes.

No obstante a lo anterior una norma y una facultad similar la encontramos en el artículo 514 del Código de Procedimiento Civil, que permite al operador de justicia hacer igualmente comparecer alguna de las partes para interrogarlas sobre algún hecho importante que aparezcan en el proceso dudoso u oscuro, expresando la misma […] *Después de presentados los informes dentro del lapso perentorio de quince días,*

[659] Mauro CAPPELLETTI. El Testimonio de la Parte en el Sistema de la Oralidad. Contribución a la teoría de la utilización probatoia del saber de las partes en el proceso civil. Parte Primera. Traducción de Tomás A. Banzhaf. Editorial Librería Platense. La Plata, 2002. pp. 60 y ss.

podrá el Tribunal, si lo juzgare procedente, dictar auto para mejor proveer, en el cual podrá acordar: 1º Hacer comparecer a cualquiera de los litigantes para interrogarlos sobre algún hecho importante del proceso que aparezca dudoso u oscuro..."

Respecto al contenido de la precitada normativa observa el también académico Román José DUQUE CORREDOR que la misma no tiende a obtener una confesión judicial de las partes, sino de un simple interrogatorio que apreciará el juzgador libremente, sin atenerse a si lo declarado favorece o no al declarante, por lo que no puede hablarse de una confesión que vincule al juez como si fuera una plena prueba, pudiéndose valorar conforme a las reglas de la sana crítica, cuya única limitación es que el interrogatorio debe versar sobre un hecho importante del proceso que aparezca dudo u oscuro.[660]

Por su parte el profesor Ricardo HENRÍQUEZ LA ROCHE al referirse a los ordinales 1° de los artículos 401 y 514 ambos del Código de Procedimiento Civil, expresa que existe una gran diferencia entre la primera de las normas y la segunda, pues en la primera la comparecencia de las partes es libremente, en tanto que en la segunda de las normas se sobrentiende que es obligatoria; que a la parte se le interrogará para que informe de algún elemento de juicio concerniente a la litis –que aparezca dudoso u oscuro- y se dejará constancia escrita de su información, lo cual constituye sin duda una confesión espontánea oponible de acuerdo al principio de adquisición procesal –a confesión de parte relevo de prueba artículo 1.401 del Código Civil- aunque no haya mediado juramento promisorio de su parte.

Como podemos apreciar de los criterios señalados, los autores venezolanos no están contestes en cuanto a cual de las normas señaladas –artículos 401.1 y 514.1 del Código de Procedimiento Civil- constituye una declaración de parte productora de efectos de confesión judicial espontánea valorable conforme a lo normado en el artículo 1.401 del Código Civil, y cual de las declaraciones será verdaderamente *ad clarificandum*, que no puede considerarse como medio de prueba legal valorable por el sistema de tarifa legal. Sobre éste aspecto y siguiendo con los criterios señalados anteriormente, siendo que la disposición contenida en el artículo 401 del Código de Procedimiento Civil, tiene naturaleza probatoria o instructoria, en tanto que la disposición contenida en el artículo 514 *ejusden*, tiene naturaleza *ad clarificandum,* mantenemos el criterio –siguiendo a Mauro CAPPELLETTI- que la declaración libre y sin juramento a que se refiere el artículo 401 del Código de Procedimiento Civil, si es contraria a los intereses del declarante, constituye una verdadera confesión judicial espontánea valorable tarifadamente conforme al artículo 1.401 del Código Civil, no pudiendo considerarse lo contrario en función que la norma antes señalada disponga que la comparecencia es libre y el interrogatorio es sin juramento, pues conforme al nuevo postulado constitucional contenido en el artículo 49.5 constitucional, se elimina toda

---

[660] Román DUQUE CORREDOR. Apuntaciones sobre el Procedimiento Ordinario. Tomo I. Ediciones Fundación Projusticia. Colección Manuales de Derecho. Caracas, 2000. pp. 330 y ss.

clase de juramento para la declaración de parte, pues esto constituye un fósil jurídico totalmente anacrónico e inconveniente en éstos tiempos.

De esta manera si la declaración de la parte es contraria a sus derechos e intereses, se considerará una confesión judicial espontánea valorable tarifadamente, en tanto que si la declaración no es contraria a sus derechos e intereses, el juez podrá valorar tal declaración conforme al sistema de sana crítica, de manera que y con relación a lo expuesto por el profesor HENRÍQUEZ LA ROCHE, [661]consideramos que en el interrogatorio a que se refiere el artículo 401 del Código de Procedimiento Civil, así como al que se refiere el artículo 514 *ejusdem*, la comparecencia de la parte es obligatoria, dado que en el primero de los citados artículos, al referirse el operador legislativo a que la comparecencia de las partes para interrogarlas será "libre", sólo se refiere a que el interrogatorio no será formal como si se tratare de confesión provocada o posiciones juradas, sino en forma libre sin fórmulas o elementos sacramentales, como lo expresara CAPPELLETTI quien al referirse al interrogatorio libre y simple, señalaría que la parte es interrogada justamente para que informe al juez del exacto desenvolvimiento de los hechos controvertidos, es decir, se la toma aquí en consideración como verdadera fuente de prueba, y precisamente como prueba histórica –directa- bastando una simple modificación de la premisa –la alegación como acto informativo, más que como acto de voluntad- para alejar todas las consecuencias relativas a la función y por ende a la naturaleza misma del instituto.

Sigue diciendo el maestro italiano que la parte también en interrogatorio de declaración, está configurada como fuente de prueba indirecta, siendo en este punto donde surgen las más graves dificultades, al menos en un sistema fundado todavía rígidamente en el método formal de utilización del saber de las partes, donde es principio que éstas fuera del esquema de juramento probatorio y de la confesión judicial, no puedan asumir el papel de testigo –como sucede en Venezuela- por lo que las informaciones dadas por las partes en el interrogatorio, o bien serán *contra se declarationes* y en tal caso podrán eventualmente cobrar, estando dados todos los requisitos, la eficacia probatoria propia de la confesión; o bien serán –como ocurrirá en efecto casi siempre- *pro se declarationes*, y en tal caso, por principio no tendrán eficacia probatoria alguna.[662]

Sobre este punto el maestro español Juan MONTERO AROCA es del criterio que través de diligencias para mejor proveer, puede exigir confesión judicial a cualquiera de los litigantes, sobre hechos que estime influyentes en la cuestión debatida y que no hayan sido o resultaren probados.[663]

---

[661] Ricardo HENRÍQUEZ LA ROCHE. Código de Procedimiento Civil. Tomo III. Editorial Centro de Estudios Jurídicos del Zulia. Caracas, 1996. pp. 245 y ss.
[662] Mauro CAPPELLETTI. Ob. cit. P. I. pp. 75 y ss.
[663] Juan MONTERO AROCA. Ob. cit. p. 290.

Por su parte PICÓ I JUNOY escribe que a su entender en la prueba confesoria, si bien se le permite al Juez una amplia intervención en la práctica de la prueba –diligencia probatoria- resulta omitida una facultad de dirección trascendental, a saber, poder formular al confesante las preguntas que no contengan explicaciones o aclaraciones que se estimen necesarias, aunque sin embargo y al margen que en la práctica cotidiana de los tribunales civiles, el órgano jurisdiccional cuando está presente en la realización de la prueba, suele formular preguntas –que no conllevan explicaciones- al confesante *de lege data*, resultando posible permitirle al juzgador actuar de éste modo, para la debida protección del derecho sin dilaciones indebidas, que justifican que el propio juez de estimarlo necesario, pregunte al confesante para así evitar tener que acudir, posteriormente al expediente de las diligencias para mejor proveer –autos para mejor proveer.-[664]

Nuestro criterio sobre el tema tratado ya lo hemos adelantado, en el sentido que primeramente y conforme a lo previsto en el artículo 401.1 del Código de Procedimiento Civil, la declaración que rindan las partes será libre, sin la utilización de fórmulas sacramentales, sin juramento y cuando sean contrarias al declarante constituirán confesión judicial espontánea valorable conforme a lo normado en el artículo 1.401 del Código Civil –sistema tarifado aunque y como lo hemos expresado, su aplicación resulta contraria al derecho constitucional de acceso al sistema probatorio- y de no ser contraria al declarante, podrá ser analizado por el sistema de sana crítica. En este sentido de acordar el operador de justicia la comparecencia de las partes o de alguna de ellas para interrogarlas libremente y sin juramento, las partes no puede rehusarse a comparecer, a menos que tengan una causa justificada, pues se encuentran en la obligación de colaborar con los órganos judiciales para la verificación de los hechos, pero en caso de incomparecencia se activará la conducta procesal de la parte, como indicio probatorio que podrá utilizar el juez para tener por demostrado un hecho procesal desconocido y que precisamente se pretendían descubrir por vía de la diligencia probatoria.

En cuanto a la declaración que realice la parte o las partes en el marco del artículo 514.1 del Código de Procedimiento Civil, no obstante a que estamos en presencia de un auto para mejor proveer que tiene como finalidad esclarecer o aclarar hechos dudosos u oscuros, mantenemos el criterio que si el operador de justicia al interrogar a las partes sobre dichos hechos, obtiene de las mismas una manifestación contraria a sus intereses, dicha declaración o manifestación podrá constituir una confesión espontánea, pues ésta puede producirse en cualquier estado y grado del proceso, siendo viable que por conducto del auto para mejor proveer, la parte pueda incurrir en una confesión, todo conforme a la precitada norma que indica […] *Después de presentados los informes dentro del lapso perentorio de quince días, podrá el Tribunal, si lo juzgare procedente, dictar auto para mejor proveer, en el cual podrá acordar: 1º Hacer comparecer a*

[664] Joan PICÓ I JUNOY. Ob. cit. pp. 223 y ss.

cualquiera de los litigantes para interrogarlos sobre algún hecho importante del proceso que aparezca dudoso u oscuro. 2º La presentación de algún instrumento de cuya existencia haya algún dato en el proceso, y que se juzgue necesario. 3º Que se practique inspección judicial en alguna localidad, y se forme un croquis sobre los puntos que se determinen, o bien, que se tenga a la vista un proceso que exista en algún archivo público, y se ponga certificación de algunas actas, siempre que en el pleito de que se trate haya alguna circunstancia de tal proceso y tengan relación el uno con el otro. 4º Que se practique alguna experticia sobre los puntos que fije el Tribunal, o se amplíe o aclare la que existiere en autos. En el auto para mejor proveer, se señalará término suficiente para cumplirlo. Contra este auto no se oirá recurso alguno; cumplido que sea, las partes podrán hacer al Tribunal, antes del fallo, las observaciones que crean pertinentes respecto de las actuaciones practicadas. Los gastos que ocasionen estas actuaciones serán a cargo de las partes de por mitad, sin perjuicio de lo que se resuelva sobre costas."

Sin perjuicio de las diferencias anotadas en cuanto a las diligencias probatorias y al auto para mejor proveer, afirmamos que en relación al artículo 514.1 del Código de Procedimiento Civil, que si bien el operador de justicia debe ceñirse a interrogar a las partes sobre hechos importantes que no aparezcan ciertos o claros, que sean dudosos u obscuros, lo cual se traduce en que las probazas allegadas al proceso por las partes no condujeron a la convicción judicial respecto a los hechos debatidos, si de las respuestas dadas por alguna de las partes se observa que se ha declarado un hecho que trae consecuencias jurídicas desfavorables al declarantes, es perfectamente viable que dicha declaración que en un principio tenía por objeto esclarecer hechos dudosos u obscuros, pueda constituir una confesión judicial espontánea, pues toda confesión es una declaración de parte desfavorable, ya que de no serlo no estaríamos en presencia de una confesión sino de una simple declaración de parte, siendo el elemento determinante que la declaración sea o no contraria a los intereses del declarante, argumentos éstos que nos hacen separar por errados de los criterios expuestos por los académicos Arístides RENGEL ROMBERG y José Román DUQUE CORREDOR, así como del profesor Ricardo HENRÍQUEZ LA ROCHE.

Dicho esto y respecto a la intervención de las partes en ésta actividad probatoria oficiosa a que se refiere el artículo 401.1 del Código de Procedimiento Civil, afirmamos que siendo una potestad o facultad del juzgador quien en todo caso quiere obtener material probatorio sobre los hechos controvertidos en el proceso -por la insuficiencia de las pruebas de las partes- o aclarar hechos dudosos u oscuros, las partes no pueden intervenir en el acto de preguntas, pudiendo a todo evento hacer las observaciones que a bien tengan en el acto de informes.

Otra facultad que tiene el judicante conforme a lo normado en el artículo **401.2 del Código de Procedimiento Civil**, es la exigir la presentación de algún instrumento de cuya existencia haya algún dato en el proceso y que se juzgue necesario, en cuyo caso el juzgador puede hacer allegar al proceso cualquier prueba instrumental, trátese de instrumento público o privado, reconocido o no, pues el

legislador no hizo distinción alguna. Al respecto y por no haberlo expresado el legislador, el juez puede exigirla presentación de los instrumentos, tanto a las partes como a terceros –artículo 437 y 687 del Código de Procedimiento Civil- siempre que concurran los siguientes elementos:

a. Que exista en autos algún dato procesal sobre el documento, bien sea sobre su existencia o contenido.
b. Que se juzgue necesario para el proceso, siendo determinante para acreditar o dar por demostrado los hechos controvertidos en el proceso.

Mediante la facultad probatoria oficiosa que tiene el juzgador de exigir la presentación de algún instrumento, no puede bajo ninguna premisa suplir la negligencia probatoria de la parte que no cumplió con su carga o que lo aportó extemporáneamente, ya que de ser así se vulneraría el derecho constitucional de igualdad procesal y de imparcialidad del juzgador, ello a propósito de lesionarse el debido proceso legal. Destaquemos que el instrumento cuya presentación exija el juez, puede ser tachado de falso por las partes –en caso de ser público o privado- o puede ser desconocido –en caso de ser privado- el cual por su puesto de ser reconocido, también puede ser objeto de tacha de falsedad y si alguna de las partes se niega a presentar el instrumento, el operador de justicia podrá extraer de la conducta omisiva u obstruccionista de la parte, los indicios probatorios que considere.

Conforme a lo normado en **el artículo 401.3 del Código de Procedimiento Civil**, podrá el operador de justicia ordenar la comparecencia de algún testigo que habiendo sido promovido por alguna de las partes, sin embargo, no rindió oportunamente su declaración, o la de cualquier otro que sin haber sido promovido por las partes, aparezca mencionado en alguna prueba o en cualquier acto procesal de las partes, debiendo concurrir los siguientes requisitos:

a. Que haya sido promovido por alguna de las partes y no haya podido rendir oportunamente su declaración, por motivos no imputables a las partes, pues recordemos que el juez no puede suplir la negligencia de éstas.
b. Que el testigo aún cuando no haya sido promovido por las partes, aparezca mencionado en alguna actividad probatoria o en cualquier otro acto procesal de parte, incluso de terceros, en definitiva: cualquier acto procesal.

En cuanto a la intervención de las partes estas podrán comparecer al acto de evacuación de la testimonial, pero no podrán intervenir, ni preguntando ni repreguntando al testigo, pues las preguntas las formulará el operador de justicia, ya que fue él quien trajo al proceso al testigo para ser interrogado, y quién debe hacerse un criterio sobre la verdad de los hechos es el jurisdicente.

Otra facultad probatoria oficiosa que podrá realizar el operador de justicia, conforme a lo previsto en el **artículo 401.4 del Código de Procedimiento Civil**, será la de practicar una inspección

judicial en algún lugar, y la formación de un croquis sobre los puntos que se determinen, o bien se tenga a la vista un proceso que exista en algún archivo público y se haga certificación de algunas actas, siempre que en el pleito de que se trate haya alguna mención de tal proceso y tengan relación el uno con el otro.

Observemos que en relación a la inspección judicial, por haber señalado el legislador que la misma solo recaerá sobre lugares y archivos públicos, se excluyen personas, animales y cosas; si ha de practicarse en lugares, en la misma podrá ordenarse la elaboración de croquis sobre los puntos que se determinen y cuando la misma verse sobre archivos públicos, además de tener que referirse a procesos, bien sean éstos judiciales o administrativos, debe tenerse en el proceso donde se dicte la diligencia probatoria, alguna mención del otro proceso que además tenga relación con el seguido en la causa, caso en el cual podrá ordenarse la reproducción de las actas.

Por último y conforme a lo previsto en el **artículo 401.5 del Código de Procedimiento Civil**, el judicante podrá ordenar la práctica de alguna experticia sobre los puntos que determine, o que se amplíe o aclare la que existiere en autos, pudiendo ser los expertos uno o tres según lo determine el órgano jurisdiccional, pero siempre designados por el jurisdicente, destacándose que la experticia que puede ordenar de oficio el juzgador, es para ampliar o aclarar la ya existente en autos, bien que haya sido propuesta por las partes o que el juez la haya ordenado de oficio conforme a lo previsto en el artículo 451 del Código de Procedimiento Civil.

5. TERMINO PARA CUMPLIR LAS DILIGENCIAS PROBATORIAS Y RECURRIBILIDAD DEL AUTO QUE ORDENA LA MISMA. Gastos.

En cuanto al tiempo o término que tiene órgano jurisdiccional para evacuar la diligencia o diligencias probatorias, este será fijada prudencialmente por el operador de justicia, no existiendo recurso alguno contra el auto que ordena la realización de la diligencia, salvo el caso donde exista abuso de poder por parte del juzgador, al suplir la negligencia probatoria de alguna de las partes.

Pero **¿qué sucede cuando el juez abusa de su poder y mediante la actividad probatoria oficiosa pretende suplir la negligencia de la carga probatoria de las partes?**

Cuando el juzgador lejos de buscar la verificación de los hechos al dictar una diligencia probatoria lo que pretende es enmendar el error de la parte que fue negligente al no producir sus pruebas, o al haberlas producido a destiempo, si bien el auto que ordena la diligencia no tendrá recurso alguno, la parte afectada podrá reclamar de la providencia por abuso de poder, conforme a lo previsto en el artículo 607 del Código de Procedimiento Civil, caso en el cual la decisión que llegue a dictarse –la cual seguramente no producirá la revocatoria de la diligencia, pues el juez lógicamente no reconocería su parcialidad hacia

una de las partes y el abuso de poder- sí tendrá apelación, caso en el cual la actividad probatoria oficiosa del juzgador podrá ser controlada por el juez de alzada, quien podrá revocar el auto que ordenó la diligencia como consecuencia de ser lesiva del derecho constitucional de igualdad procesal, del debido proceso y por lesionar el derecho a la tutela judicial efectiva. Al respecto el precitado artículo nos dice […] *Si por resistencia de una parte a alguna medida legal del Juez, por abuso de algún funcionario, o por alguna necesidad del procedimiento, una de las partes reclamare alguna providencia, el Juez ordenará en el mismo día que la otra parte conteste en el siguiente, y hágalo ésta o no, resolverá a más tardar dentro del tercer día, lo que considere justo; a menos que haya necesidad de esclarecer algún hecho, caso en el cual abrirá una articulación por ocho días sin término de distancia. Si la resolución de la incidencia debiere influir en la decisión de la causa, el Juez resolverá la articulación en la sentencia definitiva; en caso contrario decidirá al noveno día.*"

Insistimos que si a través de la diligencia probatoria se suple la negligencia probatoria de alguna de las partes, lo cual va contra el espíritu y propósito dichas diligencias, la parte afectada podrá por conducto del artículo 607 del Código de Procedimiento Civil, reclamar de tal providencia por abuso de poder, por lesionar el derecho constitucional de igualdad, por violación del debido proceso, de la tutela judicial efectiva y del principio del juez natural –al ser el juzgador imparcial- para que se produzca una decisión que como tal sí tendrá recurso de apelación, a través del cual podrá controlarse en alzada la legalidad y constitucionalidad de la diligencia probatoria oficiosa ordenada, siendo ésta la única vía de impugnar las diligencias en comento.

En cuanto a los "gastos" eventuales de las pruebas que se realicen en el marco de las diligencias probatorias, como podría ser el pago de los honorarios de los expertos –en caso de experticia- el pago de los emolumentos del práctico que realizará el croquis -en caso de inspección judicial- o el pago de las fotocopias para la certificación de actos –igualmente en caso de inspección judicial- por cuanto el legislador silencio éste punto en la norma contenida en el artículo 401 del Código de Procedimiento Civil, es lógico asumir que los gastos deben ser costeadas o sufragados por las partes de por mitad, ello en función del principio de igualdad de las partes y por remisión analógica del artículo 514 del Código de Procedimiento Civil, sin perjuicio que la parte gananciosa en el proceso puede exigir al perdidoso en el proceso y condenado en costas, el pago de los gastos por vía de tasación de costos.

6. ACTIVIDAD PROBATORIA OFICIOSA DEL JUEZ DIFERENTE A LAS DILIGENCIAS PROBATORIAS Y AUTOS PARA MEJOR PROVEER.

Como se expresara en este mismo capítulo el juzgador puede realizar durante el proceso, actividades probatorias oficiosas diferentes a las diligencias probatorias a que se refiere el artículo 401 del Código de

Procedimiento Civil, tales como son la inspección judicial, la experticia, las reproducciones mecánicas, las reconstrucciones y la pericia científica o experimentos científicos, la primera en los términos del el artículo 472 del Código de Procedimiento Civil, que expresa […] *El Juez, a pedimento de cualquiera de las partes* ***o cuando lo juzgue oportuno****, acordará la inspección judicial de personas, cosas, lugares o documentos, a objeto de verificar o esclarecer aquellos hechos que interesen para la decisión de la causa o el contenido de documentos. La inspección ocular prevista en el Código Civil se promoverá y evacuará conforme a las disposiciones de este Capítulo*."

La inspección judicial a que se refiere la norma en cuestión, puede ser decretada o propuesta oficiosamente por el juzgador en cualquier estado y grado del proceso, pues la citada norma expresa "*cuando lo juzgue oportuno*", pudiendo recaer sobre personas, animales, cosas, lugares, documentos, con el objeto de verificar – aclarar los hechos- o esclarecer –comprobar la exactitud de los hechos- que interesen para la decisión de la causa o el contenido de documentos.

Otra actividad probatoria oficiosa que puede realizar el operador de justicia es la experticia, conforme a lo previsto en el artículo 451 del Código de Procedimiento Civil, que expresa […] *La experticia no se efectuará sino sobre puntos de hecho, cuando lo determine* ***el Tribunal de oficio****, en los casos permitidos por la ley, o a petición de parte. En este último caso se promoverá por escrito, o por diligencia, indicándose con claridad y precisión los puntos sobre los cuales debe efectuarse*." Al respecto y dada la forma como se redactó la norma, también debemos sostener que puede ser oficiosamente ordenada en cualquier momento, pudiendo recaer sobre cualquier punto de hecho que determine el tribunal y siempre que exista una Ley que lo permita, pues de no existir la misma, no podría realizarse tal actividad probática oficiosa. Luego y con relación al número de los expertos, conforme a lo previsto en el artículo 455 del Código de Procedimiento Civil, podrán ser uno o tres, según la importancia de la causa y la complejidad de los puntos sobre los cuales deben dictaminar los expertos.

Pero el judicante también puede oficiosamente ordenar la **ejecución de planos, calcos, copias fotográficas de objetos, documentos y lugares, así como reproducciones cinematográficas o de otra especie que requieran el empleo de medios, instrumentos o procedimientos mecánicos**, conforme a lo normado en el artículo 502 del Código de Procedimiento Civil, que expresa […] *El juez, a pedimento de cualquiera de las partes y aun de oficio, puede disponer que se ejecuten planos, calcos y copias, aun fotográficas, de objetos, documentos y lugares, y cuando lo considere necesario, reproducciones cinematográficas o de otra especie que requieran el empleo de medios, instrumentos o procedimientos mecánicos*."

Puede igualmente ordenar de oficio las **reconstrucciones** y la realización de **pericias o experimentos científicos** a que se refieren los artículos 503 y 504 del Código de Procedimiento Civil, los cuales serán analizados en otra oportunidad.

Estas diligencias probatorias oficiosas como hemos dicho, tienen función instructora para allegar al proceso fuentes que sirvan para la verificación de los hechos por comparación, conduciendo a la convicción judicial, pero diferenciadas de las previstas en el artículo 401 del Código de Procedimientos Civil, especialmente en cuanto al momento en que pueden ser ordenadas.

7. ACTIVIDAD PROBATORIA OFICIOSA DEL OPERADOR DE JUSTICIA EN LOS DIVERSOS SISTEMAS DE PROCEDIMIENTO.

Comencemos con el **sistema de procedimiento** *penal*, que conforme al contenido del artículo 342 del Código Orgánico Procesal Penal, el judicante en esta materia puede de oficio ordenar la recepción de cualquier prueba, siempre que en el curso de la causa surgieran nuevos hechos o circunstancias que requirieran su esclarecimiento. En este sentido dicho artículo expresa […] *Excepcionalmente, el tribunal podrá ordenar, de oficio o a petición de parte, la recepción de cualquier prueba, si en el curso de la audiencia surgen hechos o circunstancias nuevos, que requieran su esclarecimiento. El tribunal cuidará de no reemplazar por este medio la actuación de las partes."* Observemos del contenido de la norma, primeramente que estamos ante una facultad oficiosa pero también que procede a petición de parte; que en los términos de la redacción de la norma, además de tratarse de casos excepcionales que procede en los supuestos de nuevos hechos o circunstancias, siguen siendo las partes quienes tienen la carga probatoria al respecto, la cual no puede ser suplida por el judicante, de manera que cuando se trate de petición de parte y conforme al principio de aportación, la actividad probatoria podría tener función de instrucción para la verificación de los hechos, pero cuando se traslada esta actividad al judicante el tono es otro, pues no pudiendo suplir carga de las partes –pues en caso de duda debe aplicar el derecho al estado de inocencia y su complemento: in *dubio pro reo-* la ordenación de pruebas no tendría función de instrucción sino de aclaración respecto a esos nuevos hechos o circunstancias.

Sin perjuicio de lo indicado es importante destacar que a lo largo de nuestro historia procedimental, tanto en sede civil como penal, ésta última y durante la vigencia de los Código de Enjuiciamiento Criminal, la cultura siempre ha sido la de otra al juzgador de actividad probatoria oficiosa que y como indicamos, no pueden ser utiliada para suplir cargas probatorias de partes. Y decimos éstos por en las nuevas corrientes constitucionales y garantistas se critica y hasta exige la interdicción de la actividad probatoria oficiosa en el sistema de procedimiento penal, basado en el tema fundamentalmente del principio acusatorio conforme al cual son las partes quienes tienen la carga de la aportación de los elementos de hecho y probatorios para el acreditamiento del tema controvertido, especialmente en cabeza del acusador en base al derecho al estado de inocencia, de manera que toda actividad oficiosa contraría

los principios elementales de un sistema acusatorio; no obstante a ello nuestra cultura desde los tiempos del inquisitivismo conforme al Código de Enjuciamieno Criminal hasta el estado actual del sistema acusatorio conforme al Código Orgánico Procesal Penal,la actividad probatoria oficiosa ha sido permitida y regulada como instrumento de los jueces en l aplicación de la justicia conforme al establecimiento de los hechos a través de la actividad oficiosa.

En el sistema de **procedimiento laboral** el tema se encuentra regulado en el artículo 71 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo que expresa […] *Cuando los medios probatorios ofrecidos por las partes sean insuficientes para formar convicción, el juez, en decisión motiva e inimpugnable, puede ordenar la evacuación de medios probatorios adicionales, que considere convenientes. El auto en que se ordenen estas diligencias fijará el término para cumplirlas y contra él no se oirá recurso alguno*." También en el artículo 156 *ejusdem* que señala […] *El Juez de Juicio podrá ordenar, a petición de parte o de oficio, la evacuación de cualquier otra prueba que considere necesario para el mejor esclarecimiento de la verdad...*" La primera de las precitadas normas se refiere a las diligencias probatorias con finalidad de instrucción y la segunda a auto para mejor proveer, con la finalidad de aclaración.

Según el tenor de la primera de las normas en cuestión, el juzgador podría oficiosamente ordenar la evacuación de medios probatorios adicionales y que considere conveniente para formar su convicción, solo en la medida que cuando los medios probatorios "**ofrecidos**" por las partes fueren insuficientes para forma su convicción; pero es el caso, que para el momento en que puede ordenarse la evacuación de esos medios probatorios adicionales, como lo sería en la audiencia preliminar, pues es en este momento cuando se "**ofrecen**" los medios probatorios como lo precisa la Ley, el operador de justicia no se encuentra en la capacidad de determinar si los medios probatorios "**ofrecidos**" por las partes son o no suficientes para formar su convicción, ya que en todo caso, tendría que esperar su evacuación o materialización para saber si efectivamente las pruebas formaron o no su convicción, lo que no le compete al juez de esta fase como lo es el de Sustanciación, Mediación y Ejecución quien celebra la audiencia preliminar donde se "ofrecen" los medios probatorios, sino al juez de Juicio quien es el que admitirá los medios probatorios y realizará la audiencia pública y oral de evacuación.

Lo dicho nos conduce a la afirmación que fue prematura la oportunidad procesal que fijó el legislador para ordenar la evacuación de medios probatorios adicionales para formar la convicción del juez, cuando los medios probatorios "**ofrecidos**" por las partes fueren insuficientes, todo ello a propósito que la convicción que debe formarse no es la del juez de Sustanciación, Mediación y Ejecución, quien por demás es quien recibe las pruebas "**ofrecidas**" por las partes, sino la del juez de Juicio, circunstancia ésta que nos conduce a la afirmación que estamos en presencia de una norma errática de difícil aplicación.

En todo caso y en virtud de los elementos señalados que prácticamente hacen inoperante el postulado del artículo 71 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, el mundo de las facultades oficiosas

del juez quedaría reducida al contenido del artículo 156 *ejusdem*, conforme al cual el juez de Juicio podrá ordenar la evacuación de medios probatorios para el mejor "esclarecimiento" de la verdad, entendiéndose por "esclarecimiento" de la verdad, que exista en autos la prueba de los hechos controvertidos, pero que haya sido insuficiente, lo cual se traduce en que el juzgador no puede suplir la negligencia probatoria de las partes, por el contrario, debe existir la previa actividad probatorio de las partes, caso en el cual de ser insuficiente la misma, podrá el decisor para esclarecer los hechos a juzgar cuando se presenten como dudosos u obscuros, complementar su ilustración como antecedente necesario de la sentencia, permitiéndose despejar cualquier duda o insuficiencia que le impida formar criterio sobre la causa controvertida, de manera que no se trata de una actividad de instrucción o probatoria sino de clarificación.

Mediante el instrumento previsto en el artículo 156 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, no pueden verificarse inicialmente los hechos, por el contrario se requiere de una actividad probatoria de las partes que haya sido insuficiente para establecer la verdad de los hechos controvertidos, caso en el cual podrá el juez de Juicio, esclarecer los hechos mediante la evacuación de pruebas complementarias, resultando errada y peligrosa la redacción del mencionado artículo, cuando faculta al juez a la evacuación de medios probatorios para el mejor esclarecimiento de la verdad, no solo de oficio sino también a instancia de parte, circunstancia ésta última que pudiera producir que la parte negligente en proporcionar la prueba de los hechos controvertidos, mal interpretando la norma, solicitara al tribunal la evacuación de medios probatorios no ofrecidos, bajo la máscara del esclarecimiento de la verdad, pues si se estamos en presencia de una actividad probatoria oficiosa del juez como lo expresara la exposición de motivos de la Ley, no entendemos porqué se le permiten a las partes sugerir pruebas cuando éstas tienen el interés y la carga de aportar las pruebas de sus afirmaciones o negaciones.

En **materia marítima** el tema de la actividad oficiosa se ubica en el artículo 15 de la Ley del Procedimiento Marítimo que indica […] *En los procedimientos marítimos, el Juez podrá dictar aquellas providencias que tiendan al mejor esclarecimiento de la verdad, y a tal efecto, podrá ordenar de oficio la evacuación de las pruebas que estime pertinentes, manteniendo en todo caso el principio de igualdad de las partes, sin que pueda suplir defensas y alegatos no formulados*." Se trata de diligencias con función aclaratoria para disipar dudas u oscuridades, que no tienen función de instrucción –conforme a la redacción normativa- aún cuando se realice a través de medios probatorios. También en segunda instancia se permite el dictado de autos para mejor proveer, conforme al artículo 21 de la precitada Ley.

En el **sistema de procedimiento agrario** la cuestión está regulada tanto en el artículo 190 como 191 de la Ley de Tierras y Desarrollo Agrario, la primera de las normas que indica […] *Los jueces o juezas podrá decretar providencias y autos tendientes a esclarecer y aligerar de oficio los trámites de actuaciones y pruebas*…"; la segunda de las precitadas normas prevé […] *Los jueces y juezas agrarios podrá ordenar la práctica d cualquier*

medio probatorio que consideren necesario para el esclarecimiento de la verdad." Se trata también de actuaciones oficiosas aclaratorias o esclarecedoras de los hechos y pruebas debatidos en autos, sin carácter de instrucción aún cuando se realicen a través de medios probatorios.

El sistema de **procedimiento contencioso administrativo** el artículo 39 de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, permite el dictado de diligencias probatorias oficiosa al señalar […] *En cualquier estado de la causa el Juez o Jueza podrá solicitar información o hacer evacuar de oficio las pruebas que considere pertinentes. Este auto será inapelable. Las partes podrán hacer observaciones sobre las actuaciones practicadas*". En los términos de la redacción en comento y por cuanto no se señaló que la función es esclarecedora, sostenemos que las pruebas ordenadas al respecto tienen carácter de instrucción o verificación de los hechos.

Por último y en el sistema de **procedimiento tributario** en el artículo 276 del Código Orgánico Tributario, prevé la posibilidad de dictar autos para mejor proveer en los términos del estudiado artículo 514 del Código de Procedimiento Civil.

8. CONSTITUCINALISMO Y GARANTISMO EN LA ACTIVIDAD PROBATORIA OFICIOSA.

Para este último apartado comencemos con las siguientes interrogantes **¿si el legislador no reguló o limita la utilización de actividades probatorias oficiosas, en función del constitucionislismo y del garantismo puede el juez hacer uso de ellas?; ¿el juez tiene un debe o una facultad en materia de actividad probatoria oficiosa?; ¿es garantista un sistema de procedimiento que otorgue al judicante poderes oficiosos?**

Como nos explica el maestro TARUFFO generalmente se ha pretendido ver la naturaleza o tendencia del sistema de gobierno y la ideología política a través del prisma de la función judicial, especialmente de la mayor o mejor facultad oficiosa que se le otorgue al judicante, de manera que las tendencias van desde el extremo del "totalitarismo" o "autoritarismo" –también "antiliberalismo"- donde es el juez quien tiene la plena y exclusiva actividad oficiosa como instructor e investigador generalmente a través de procedimiento inquisitivos, donde prácticamente la función o actividad de las partes es nulo; hasta el extremo del "liberalismo" donde el judicante queda interdictado de toda actividad oficiosa en materia probatoria, siendo un mero espectador y revolvedor de la conflictividad entre las partes, quienes tienen la carga de la aportación de las fuentes probatorias que sirvan a la convicción judicial; incluso y como sistema intermedio se presenta el "activismo" donde se observa una concepción del proceso judicial no como componedor de conflictividad entre las partes que obedece a una noción "privatista" del mismo, sino como aplicador del derecho en el caso concreto mediante un juicio jurisdiccional razonable, racional,

lógico y congruente que obedece a la noción "publicista" del proceso y que otorga al judicante actividad probatoria oficiosa pero accesoria, sucedánea o secundaria a la que deben desplegar las partes en el proceso.

De esta manera el procesos caracterizados por el "totalitarismo" generalmente se identifican con ideologías y políticas de gobiernos autoritarios o totalitarios como lo fue el sistema nacionalsocialista de HITLER, fascista de MUSSOLINI, comunista de STALIN, incluso el español con FRANCO; por su parte los regímenes con procesos donde el juez tiene plena libertad –liberalismo- en materia probatoria o cuando se ve investido de esta actividad de manera accesoria, generalmente se identifican con los sistemas de gobierno e ideologías liberales y democráticas. Pero como nos dice el precitado maestro italiano que las ecuaciones "poderes de instrucción=régimen totalitario" y "juez pasivo=régimen liberal", resultan vagos y sin valor, pues en estos sistemas que se identificaron con el totalitarismo como ideología política, a los jueces se les otorgaron amplias facultades oficiosas liberales, incluso, en estos sistemas se dejaban a las partes en el proceso civil toda la conducción del proceso y de la disponibilidad de los medios de prueba, como fueron los casos del Código napoleónico de 1806, el Reglamento procesal austriaco de 1815, en la Italia fascista donde hasta 1942 permanecería en vigor el Código liberal de 1865 y en la España franquista en la que permanecería en vigor la liberal Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881. Por el contrario existen países con ideología democrática en los cuales los jueces tienen amplios poderes de instrucción como sucede en Francia, Alemania y Suiza, circunstancias estas que han llevado a TARUFFO a expresar […] *En síntesis: es cierto que algunos sistemas que se inspiraron en la ideología liberal clásica produjeron ideologías procesales basadas en la presencia de un juez pasivo y en la reserva para las partes del monopolio de todos los poderes procesales y probatorios: es lo que ha ocurrido, por ejemplo, en los Estados Unidos con la configuración del adversarial system of litigation; en Italia con la codificación procesal del año 1865 y en prácticamente todas las codificaciones procesales del siglo XIX. No es cierto, en cambio, que solamente los regímenes soi-disants liberales tenga o hayan tenido sistemas procesales con un juez carente de poderes de instrucción. Por el contrario, es verdad que algunos regímenes autoritarios, como el soviético, han extendido de forma considerable los poderes de instrucción del juez, pero también es verdad que no todos los regímenes autoritarios lo han hecho, como lo demuestran los ejemplos mencionados de la Italia fascista, la Alemania nazi y la España franquista. También es verdad, por otra parte, que en muchos regímenes no autoritarios han introducido importantes poderes de instrucción del juez en algunos regímenes autoritarios y en muchos regímenes democráticos cuando éstos últimos han abandonado la ideología liberal clásica para seguir ideologías más evolucionadas en las que se configura un papel activo del Estado en el gobierno de la sociedad.*" Dice el maestro que si estas ideologías son o no autoritarias es un problema de definiciones o de teorías políticas que no pueden ser trasladadas al tema del proceso judicial como caracterizador de las mismas.

En la tipología de poderes de instrucción del judicante, advierte TARRUFFO se observa: a. Un primer escenario un modelo representado por los ordenamiento en los que el juez cuenta con un "poder general" para disponer de oficio la adquisición de las pruebas no propuestas por las partes, siempre que las considere útil para la determinación de los hechos; b. Un segundo modelo en la cual se inspiran la mayor parte de los ordenamiento procesales, conforme al cual el judicante dispone de "algunos poderes" de iniciativa instructoria, que podrán ser más o menos numerosos dependiendo de cada caso; y c: Un tercer modelo existentes en los ordenamientos jurídicos donde no está previsto expresamente verdaderos poderes, donde el juez desempeña un papel "activo" en la adquisición de las pruebas. Respecto al segundo de los modelos señalados –papel liberal del judicante en materia probatoria- el problema se presenta en la determinación de si se trata de un "deber" o de un "poder" el primero típicamente soviétiCo derivado al homenaje que se le rinde a la búsqueda de la verdad por encima de todo, donde la decisión judicial se funda en la verdad material de Los hechos que impone al judicante el "deber" de investigar de oficio dicha verdad; el segundo donde el judicante tiene un "poder discrecional general" para disponer de oficio la adquisición de pruebas no propuestas por las partes, en tratándose de un "poder" discrecional y no de un "deber".

Concluye TARUFFO señalándonos respecto a las implicaciones ideológicas de la cuestión tratada, que […] *es oportuno un uso preciso y riguroso de los conceptos: un juez potencialmente "activo" para complementar las iniciativas probatorias de las partes, Dentro de un contexto procesal en el que estén aseguradas las garantías de las partes en el ámbito de un sistema político democrático, y un juez inquisidor en el marco de un sistema político y procesal de carácter autoritario, son cosas completamente distintas. En el primer caso se presenta en los ordenamiento procesales modernos, en los que se cumple con el principio dispositivo, las garantías de defensa y el principio de contradicción, pero en os que el juez dispone de poderes más o menos amplios de iniciativa instructora. El segundo caso, en realidad, no se presenta en ninguno de los ordenamientos europeos ni en la mayor parte de los ordenamientos extraeuropeos. La diferencia entre un juez "activo" y el juez "autoritario" se constata por el hecho de que la función "activa" del juez respecto a la adquisición de las pruebas se configura claramente como complementaria y supletoria respecto a la actividad probatoria de las partes, de modo que cuando estas ejercen completamente su derecho de proponer todas las pruebas disponibles y, tanto, proporcionan al juez elementos suficientes para la determinación de los hechos –como ocurre frecuentemente en la práctica- no hay ninguna necesidad que el juez ejercite sus poderes. Sería completamente distinta una función inquisitoria y autoritaria de un juez que recabara las pruebas de oficio, por iniciativa propia y negando a las partes los derechos y garantías que les corresponden en el ámbito del proceso.*"

Nos dice que la atribución del juez de poderes de instrucción no demuestra que sea fruto de una opción exclusivamente "técnica" y carente de implicaciones ideológicas, que por el contrario […] *decidir si deben atribuirse exclusivamente a las partes todos los poderes de iniciativa instructora, o si pueden o deben atribuirse al*

juez poderes de iniciativa instructora más o menos amplios, deriva de la elección de carácter sustancialmente ideológico. Sin embargo, las ideologías que están en juego no son las que inspiran las concepciones políticas generales dominantes en los sistemas en los que el legislador se ocupa de la cuestión. En particular, no se trata de un contraste entre ideologías vagamente "liberales" e ideologías genéricamente "autoritarias". El problema se ubica, en cambio, en un contexto ideológico mucho menos vago, que atañe a las ideologías sobre la función del proceso y la decisión con la que se concluye." Al respecto dice TARUFFO que si la premisa deriva de una elección ideológica determinada, de que la única función del proceso civil es la solución de los conflictos o controversias privadas entre las partes –fin privatista del proceso- sería razonable dejar exclusivamente a las partes la tarea de gestionar a su voluntad la contienda judicial y particularmente, el tema de la actividad probatoria, ya que el juez estaría en una posición de mero árbitro pasivo que juzgará exclusivamente sobre el tema jurídico que las partes le han sometido a su conocimiento, de lo que inmediatamente se derivaría la consecuencia de no importar la calidad, contenido y criterios aplicados en las sentencias, pues en definitiva lo que importa es precisamente que se resuelva el conflicto judicial. Pero cuando la ideología del proceso no es la única solución de controversias, sino la aplicación de la ley en el caso concreto para el mantenimiento de la paz y armonía social con la búsqueda –dice TARUFFO- de la verdad, la cuestión es otra, pues no solo debe existir apertura en el tema probatorio, en cabeza no solo de las partes sino del juez en forma subsidiaria, pues aquí si importa el contenido, calidad y los criterios utilizados para el dictado de la sentencia, lo que WRÓBLEWSKI ha denominado "**ideología legal-racional**" de la decisión judicial, que pone en el centro del problema de la administración de justicia la calidad de la decisión, destacando que ésta debe basarse en una aplicación correcta y racionalmente justificada del derecho, que aplicado a la materia fáctica influye claramente pues no puede considerarse una decisión legal correctamente racional si se basa en una determinación errónea y no verdadera de los hechos producto de la equivocación probatoria. Expresa TARUFFO que […] *no cualquier decisión es "buena" sólo porque ponga fin a la controversia; la decisión es "buena" si pone fin al conflicto estando justificada en criterios jurídicos y racionales, entre los que asume importancia particular la verdad de la determinación de los hechos.*"[665]

Dicho esto y volviendo a las interrogantes que nos hemos planteado al inicio de este punto, respecto a **¿si el legislador no reguló o limita la utilización de actividades probatorias oficiosas, en función del constitucionislismo y del garantismo puede el juez hacer uso de ellas?**, debemos indicar que nuestro ideología de procedimiento judicial según la política judicial actual, es de corte "liberal" donde el juez se encuentra investido de facultades oficiosas que para nada quiebran el principio dispositivo y adversarial o contradictorio, así como tampoco la imparcialidad judicial, especialmente

---

[665] Michelle TARUFFO. Poderes Probatorios de las Partes y del Juez en Europa. En La Prueba. Apéndice I. pp. 159 y ss.

cuando estas actividades en materia probatoria no son principales sino accesorias o secundarias a las actividades probatorias que como cargas competen a las partes, de manera que luego de cumplidas las cargas probatorias correspondientes, el judicante podría ordenar medios probatorios de oficio para constatar los hechos que han afirmado y controvertido las partes, sin suplir a las mismas y cuyas resultancias desconocerá hasta el momento de su materialización –lo que deja incólume el tema de la imparcialidad- sin perjuicio de su ordenación con fines meramente aclaratorios. Incluso en materia penal, el tema inquisitivo que dominó nuestro sistema de procedimiento fue sustituido por el sistema acusatorio donde la parte acusadora debe realizar las actividades probatorias que logren romper con el derecho a la presunción de inocencia, mediante una prueba de cargo controvertida que cree la convicción judicial respecto al delito y a la responsabilidad acusada, más allá de toda duda razonable so pena de absolución –principio *in dubio pro operatio*-.

Lo expresado y en el marco de un sistema constitucional y garantista, debe conducir a la consideración que de manera implícita la potestad o facultad del judicante en materia probatoria como función accesoria y dependiente de las cargas procesales, la tienen en cualquier clase de proceso judicial aunque no existe regulación expresa; no obstante nuestro ordenamiento de procedimiento se ha preocupado en regular la situación, pero por ejemplo en el caso del sistema de procedimiento civil y conforme al artículo 401 del Código Ritual, el problema se plantea respecto a la taxatividad de las actuaciones judiciales instructorias oficiosas, lo que en un estado "garantista" resulta contradictorio y limitativo, de manera que su reinterpretación constitucional y garantista debe conducir a la afirmación de la existencia de una libertad del judicante respecto a las actuaciones o medios probatorios que puede ordenar de oficio para la verificación de los hechos, tal como se asume en otros sistemas de procedimiento que prevén el tema pero sin limitación en cuanto al tipo de medios probatorios que puede ordenar.

Esto inmediatamente nos coloca frente a la respuesta afirmativa respecto a la segunda interrogante que enunciaba: **¿es garantista un sistema de procedimiento que otorgue al judicante poderes oficiosos?** No solo constitucional sino garantista es el sistema de procedimiento liberal que da al judicante la facultad oficiosa de instrucción probatoria, siempre en el entendido que no se trata de una actividad de investigación ni para suplir cargas probatorias de parte; se trata de una actividad sucedánea, subsidiaria, accesoria o complementaria, donde el judicante puede verificar los hechos que las partes han llevado al proceso y debatido, manteniendo su imparcialidad y el derecho de contradicción de las partes, en la medida que están hayan sido lo suficientemente diligentes en la actividad probatoria, permitiéndole –al judicante- la convicción judicial sobre los hechos para la aplicación de la norma jurídica del caso, aplicando la ley en el caso concreto mediante una sentencia que sea consecuencia de un juicio legal, lógico y racional tanto en el tema fáctico como *juri*-**ideología legal-racional**- que obedece a un sistema

ideológico de procedimiento liberal donde prima la socialización o publicización del proceso con la calidad contenido y criterios aplicados en la sentencia, sobre el carácter privatista del mismo.

Respecto a la interrogante planteada y enunciada: **¿el juez tiene un deber o una facultad en materia de actividad probatoria oficiosa?**, ya hemos adelantado que se trata de una facultad dependiente de la actividad probatoria de las partes, que permiten efectivizar el contenido de la sentencia en un sistema procesal con ideología social y pública que a su vez, permite su fin privado mediante la composición de los conflictos.